ESSAI

SUR

LES SOCIÉTÉS VECTIGALIENNES

PRÉCÉDÉ D'UN

EXPOSÉ SOMMAIRE DU SYSTÈME FISCAL DES ROMAINS

ÉTUDE

SUR

LES NULLITÉS DES SOCIÉTÉS ANONYMES COMMERCIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Par M. René PRAX

Avocat.



MONTAUBAN
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE FORESTIÉ, RUE DU VIEUX-PALAIS, 23.

1884.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. BONFILS, ✳, Doyen, Professeur de Droit Commercial.
MOLINIER, O. ✳, Professeur de Droit Criminel.
BRESSOLLES (G.), ✳ Professeur de Code civil.
GINOULHIAC, Professeur de Droit Français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
POUBELLE, ✳, Professeur de Code Civil, en congé.
ARNAULT, ✳, Professeur d'Economie politique.
DELOUME, Professeur de Droit Romain.
PAGET, Professeur de Droit Romain.
CAMPISTRON, Professeur de Procédure Civile.
BRESSOLLES (J.), Agrégé, chargé du cours de Droit international privé.
VIDAL, Agrégé, chargé du cours de Droit Criminel.
WALLON, Agrégé, chargé du cours de Droit Administratif.
HAURIOU, Agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.
SAINT-MARC, Agrégé, chargé d'un cours de Code civil.
DUFOUR, ✳, Doyen honoraire.
MASSOL, ✳, Professeur honoraire.
HUMBERT, ✳, Sénateur, Professeur honoraire.
HUC, ✳, Conseiller à la Cour d'Appel de Paris, Professeur honoraire.
MOUSSU, Secrétaire.

Président de la Thèse : M. MOLINIER.

Suffragants. MM. GINOULHIAC.
DELOUME.
J. BRESSOLLES.
HAURIOU.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A mon Père,

A ma Mère,

Hommage d'affection et de reconnaissance.

Juin 1884.

ESSAI

SUR

LES SOCIÉTÉS VECTIGALIENNES

INTRODUCTION

Les sociétés de gains peuvent affecter deux formes : l'une où règne exclusivement l'élément personnel, qui est fondée sur le crédit des associés et où la considération des personnes est toute-puissante ; l'autre où l'argent seul est intéressé, qui est une association de choses, une société de capitaux entre gens qui ne se connaissent pas ni souvent ne se conviennent. Sans doute, les Romains n'arrivèrent pas à une distinction aussi absolue qu'elle existe aujourd'hui entre ces associations de capitaux et les sociétés de personnes,

Bibliographie : Baudi di Vesme, *Des impositions de la Gaule dans les derniers temps de l'empire romain* (trad. de l'italien par M. Laboulaye), 1861 ; — E. Belot, *Histoire des chevaliers romains*, Paris, 1873 ; — Boulenger, *De vectigalibus populi romani*, 1612 ; — A. Boeck, *Economie politique des Athéniens*, trad. par Laligant, Paris, 1828 ; — Bouchaud, *Mémoire sur les sociétés de publicains* (*Recueil de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, t. XXXVII, Paris, 1767) ; — Burmann, *Vectigalia populi romani*, Leidae, 1724 ; — Cagnat, *Etude historique sur les impôts indirets chez les Romains*, Paris, 1882 ; — Cassagnade, *Des personnes morales*, Paris, 1883 ; — Clamageran, *Histoire de l'impôt en France*, 1867 ; — Max Cohn, *Zùm Römischen Vereinsrecht*, Berlin, 1873 ; — *Corpus inscriptionum latinarum*, de Mommsen ; — Cujas, *Opera quæ exstant* ; — Dureau de la Malle, *Economie politique des Romains*, Paris, 1840 ; — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, sous la direction de MM. Daremberg et Saglio ; Paris (en cours de publication), voir les mots : *Ager romanus, ager publicus, aurum vicesimarium, censor, censoria locatio, census, etc.*, par M. G. Humbert ; — E. Frignet, *Histoire de l'association commerciale depuis l'antiquité jusqu'au temps actuel* ; — G. Humbert, *Les douanes et les octrois chez les Romains* (*Recueil de l'Aca-*

mais ils eurent très anciennement un type d'association qu'on a pu assez exactement comparer à notre société en commandite et dans lequel on trouve l'élément personnel et l'élément réel : un ou plusieurs associés indéfiniment responsables et les capitaux de simples bailleurs de fonds engagés seulement jusqu'à concurrence de leur mise. Nous avons nommé les sociétés de publicains, dont l'étude nous montrera dans ses plus larges développements et dans son application la plus intéressante, l'esprit d'association du peuple romain.

D'une manière générale, on appelait *publicains* ceux qui se chargeaient d'une entreprise pour le compte de l'Etat : il faut donc comprendre sous cette dénomination les spéculateurs qui prenaient à l'adjudication des marchés de fournitures ou des travaux publics. Mais plus restrictivement, le mot *publicains* s'appliquait à ceux qui prenaient à ferme la perception des impôts et, en ce sens, il doit être étendu même aux agents salariés des adjudicataires : « *Publicani dicuntur*, dit Ulpien, *qui publica vectigalia habent conducta... verum qui in numero familiarum sunt publicani* (1). Nous

démie de législation, 1867); — A. Ledru, *Des publicains et des sociétés vectigalium*, Paris, 1876; — Marquardt, *Historia equitum romanorum*, Berlin, 1840; — Matthæus, *De auctionibus*; — A. de la Ménardière, *De l'impôt du dixième sur les affranchissements d'esclaves*, Poitiers, 1872; — Mommsen, *Histoire romaine*, traduction Alexandre; — H. Naquet, *Impôts indirects chez les Romains*, Paris, 1876; — Orelli-Henzen, *Selectæ inscriptiones*; — Saint-Girons, *Essai sur les sociétés vectigaliennes et la ferme des impôts*, 1875; — Serrigny, *Droit public et administratif romain*; — Sigonius, *De antiquo jure civium romanorum, De antiquo jure provinciarum*, Milan, 1732-1737; — De Valroger, *Impôt des successions en droit romain* (*Revue critique*, t. XIV, 1859); — Vigié, *Des douanes dans l'empire romain*, Montpellier, 1884; — Willems, *Le droit public romain*, 1880 ; — Worms, *Sociétés par actions*, 1868; — Xenopolus, *De Societatum publicanorum romanorum historia ac natura judiciali, Dissertatio inauguralis*, Berlin, 1871.

(1) L. 12, § 3 et L. 1, § 5, D., *De public. et vectig.*, XXXIX, 4; L. 16, D., *De verb. sign.*, L. 16.

ne nous occuperons que des sociétés fermières des impôts ; mais tout ce qui sera dit sur ces sociétés s'applique exactement aux autres sociétés de publicains, à celles qui avaient pour objet des entreprises de services ou de travaux publics payables par l'État.

Le système de la ferme, aujourd'hui à peu près universellement condamné, fut appliqué chez les Romains jusqu'aux premiers siècles de l'Empire à toutes les branches du revenu public. Montesquieu, qui est d'ailleurs partisan de la régie, avoue « qu'il est quelquefois utile de donner à ferme un droit nouvellement établi. Il y a un art et des inventions pour prévenir les fraudes que l'intérêt des fermiers leur suggère et que les régisseurs n'auraient su imaginer (1) ». Il ne faut donc pas s'étonner de trouver partout le système de la ferme en vigueur à l'origine chez les peuples nouveaux ; mais la cause de sa persistance à Rome s'explique particulièrement, croyons-nous, par l'organisation politique du grand État romain, dans lequel chaque province était soumise à des impôts différents, soit dans leur quotité, soit dans leur répartition. « Cette variété dans la législation financière ne présentait pas, dit M. Vigié, de grands inconvénients, grâce au mode de perception ; la mise à ferme se donnait pour chaque province ou pour chaque réunion de provinces formant un district financier ; qu'importait que le taux de perception fût différent : les bases du contrat de ferme avec l'État étaient calculées d'après les produits éventuels de la circonscription (2) ».

L'expérience démontra, d'ailleurs, l'impossibilité de substituer au système de la ferme un autre mode de perception. Sylla, qui avait la haine des chevaliers, voulut le tenter dans

(1) *Esprit des lois*, XIII, 19.

(2) *Des douanes dans l'empire romain*, par M. Vigié, doyen de la faculté de droit de Montpellier, p. 87.

la province d'Asie ; il remania la base de l'impôt et supprima l'intervention des publicains. Cet essai ne fut pas heureux : les contribuables réclamèrent eux-mêmes le rétablissement de l'ancien état de choses. Quelques années plus tard, les exactions des publicains en Asie étaient si vexatoires, que César permit aux habitants de lever eux-mêmes leurs dîmes, et cette tentative ne réussit pas mieux que la première ; elle ne put pas durer. « On n'a pas le droit de mépriser les publicains, écrivait Cicéron, quand on n'a jamais pu se passer d'eux : *Nomen publicani aspernari non possunt qui pendere ipsi vectigal sine publicano non potuerunt ; neque ii recusare qui postulaverunt* (1). »

Ce fut seulement par une centralisation puissante et par une hiérarchie fortement organisée de fonctionnaires relevant d'un chef unique, que le gouvernement impérial put enfin établir la perception directe de l'impôt par ses agents. Mais il faut remarquer que certains impôts ne furent jamais affermés aux publicains ; et comme, d'autre part, la transformation dans le mode de recouvrement ne s'opéra pas à la même époque pour tous les impôts, il convient de passer rapidement en revue quelques uns de ceux qui furent soumis au système de la ferme. Il sera plus facile alors de comprendre l'importance des publicains, et nous arriverons ainsi à l'objet principal de cette étude, qui est la constitution juridique des sociétés vectigaliennes.

Le système fiscal des Romains a son fondement dans les institutions des républiques de la Grèce et notamment de la ville d'Athènes. Chez les Athéniens, comme à Rome, l'état ne percevait rien directement, si ce n'est certaines taxes spéciales, comme les amendes, et affermait à des particuliers le recouvrement de tous ses revenus. Mais nous ne voyons pas

(1) Ad. Quint. fr. I, 1, 11 ; — Tite-Live, XLV, 1 ; — Appien, *Guerres civiles*, V, 4.

que les fermiers des impôts aient constitué des sociétés à Athènes, et c'est pourquoi nous ne dirons rien du système fiscal de cette république (1). Les causes qui amenèrent à Rome la formation et le développement des sociétés de publicains n'existaient pas dans les républiques de la Grèce : ces causes furent, d'une part, la permanence des expéditions lointaines qui exigeaient la réunion et le transport de grands approvisionnements; — d'autre part, les conquêtes successives qui, donnant aux publicains de Rome le commerce et les finances de la plus grande partie du monde connu des anciens, les forcèrent, pour ainsi dire, à grouper leurs capitaux et à former entre eux des associations.

(1) Bœckh, t. II.

CHAPITRE I

OPÉRATIONS ET PUISSANCE DES PUBLICAINS

« Au premier abord, dit M. Clamageran, dans son Histoire de l'impôt en France, le système fiscal des Romains paraît un chaos; nulle part on ne rencontre un exposé général et méthodique; » mais ce désordre est plus apparent que réel, car dès l'époque romaine « l'impôt se présente sous des formes très variées, très ingénieuses, très complexes, combinées avec art dans leur ensemble, organisées dans le détail avec un soin minutieux (1). » Ce qui jette surtout de la confusion en cette matière, c'est le manque de précision des termes employés par les auteurs, le sens divers des mots suivant les époques et dans un même écrivain. Ainsi l'expression *vectigal* ou *publicum vectigal* (souvent les auteurs disent simplement *publicum*) (2) sert tantôt à désigner d'une manière générale tous les impôts, tantôt les revenus en argent ou en nature de l'*ager provincialis*; quelquefois ce mot est restreint aux impôts indirects proprement dits, et ailleurs à la redevance en nature exigée de certaines provinces: peut-être même est-ce là sa première signification, s'il est vrai que *vectigal* dérive de *vehere* à cause de l'obligation de transporter cette redevance à la ville ou au port désigné (3).

Les Romains ne paraissent pas avoir connu la distinc-

(1) Tome I, p. 2 et 3.

(2) L. 1, § 1, D. 39, 4; — Suétone, in Vespas., c. 1; — Val. Max. VI, c. 9. n° 7; — Tacite, Ann., XIII, 51.

(3) Cic. In Verr. III, 6; — L. 17, § 1, D., 50, 16; — Tacite, Ann., XIII, 50.

tion des impôts directs et des impôts indirects, mais ils classaient sous deux noms différents deux sortes d'impôts : les *tributa* et les *vectigalia*. Cette distinction est fort bien indiquée par Varron : *tributum erat pecunia populo imperata quæ tributim a singulis pro portione census exigebatur. Vectigal ea pecunia quæ alio quocunque nomine exigebatur*. Ulpien établit la même division : *sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur, recte appellantur publicani* (1). Ainsi le *tributum* est opposé à tous les autres revenus de l'Etat. C'est l'impôt régulier basé sur le cens et payé par tous les citoyens classés ; un *tributum* spécial était imposé aux *ærarii*, un autre aux *orbi* et aux *viduæ* (2). Cet impôt était une contribution directe en proportion des fortunes sur la masse des biens mobiliers et immobiliers composant le patrimoine. Après la conquête de la Macédoine — 167 avant J.-C. —, Rome, assez riche des dépouilles des vaincus, et le sol italique furent affranchis du *tributum;* peut-être fut-il rétabli sous le consulat de Hirtius et Pansa : toujours est-il qu'il fut alors levé au moins une fois extraordinairement. La perception du *tributum* ne paraît pas avoir été affermée aux publicains; il n'est question de cette *locatio* nulle part dans les textes, et il est permis de croire, à cause de la facilité du recouvrement de cet impôt, que l'Etat devait le faire directement percevoir par ses agents, soit par les questeurs, soit plutôt par les *tribuni ærarii*, fonctionnaires administratifs et financiers des tribus, chargés de payer le *stipendium* aux troupes, mais sur lesquels on a d'ailleurs peu de renseignements (3).

(1) L. 1, § 1, D., 39, 4.

(2) Tite-Live, I, 43.

(3) Mommsen, *Les Trib. rom.*, p. 44 et suiv.

Sous l'empire, les contributions diverses des provinces furent remplacées par deux impôts auxquels tous les habitants étaient soumis : le *tributum soli* imposé aux propriétaires fonciers, et le *tributum capitis*, impôt personnel fixe pour la *plebs* et proportionnel pour les habitants riches non propriétaires. Ces deux impôts ne furent jamais affermés aux publicains.

Section I. — DES IMPOTS, OBJET DE LA FERME.

Les impôts dont la perception fit l'objet des sociétés de publicains furent donc les *vectigalia*, c'est-à-dire les revenus publics autres que le *tributum*, par exemple les produits et redevances du domaine public, les taxes indirectes, l'impôt sur les mines et carrières, etc.

§ I. — *Revenus de l'*ager publicus *et de l'*ager provincialis.

L'impôt foncier fut toujours considéré à Rome comme un prélèvement que le propriétaire, c'est-à-dire l'Etat exerçait sur une jouissance dont il avait bien voulu se dessaisir : d'où il suit que l'impôt foncier ne grevait pas les fonds italiques, parce que ceux-ci comportaient au profit des particuliers un véritable *dominium*. Le seul fait de la conquête attribuait à tout le territoire soumis la qualité d'*ager publicus* et dépouillait les possesseurs du sol des droits qui leur appartenaient. On faisait ordinairement plusieurs parts de ces terres : la portion la plus considérable était laissée aux peuples vaincus, les Romains retenaient l'autre pour eux-mêmes. Cette seconde portion recevait trois destinations : certaines terres étaient vendues au profit du trésor par le ministère des questeurs et s'appelaient *agri quæstorii;* d'autres étaient destinées par une *lex colonica* à la fondation d'une colonie ou divisées entre les citoyens

par une loi agraire ; elles portaient le nom d'*agri assignati* ou *divisi* et devaient l'impôt ; d'autres enfin restaient dans le domaine public, et de celles-ci une partie était réservée pour l'usage commun, l'autre donnée à bail par les censeurs et affermée aux publicains : la possession en était garantie par l'interdit de *loco publico fruendo* (XLIII, 9) (1).

La portion des terres qui était laissée aux vaincus — c'était quelquefois le territoire entier — était soumise, sauf quelques cités *immunes*, à une redevance, soit fixe, soit proportionnelle. Les provinces assujetties à une taxe fixe en argent — *vectigal certum* ou plus exactement *stipendium* — étaient appelées *prædia stipendiaria;* les provinces soumises à un impôt de quotité étaient désignées sous le nom de *prædia tributaria* lorsque la redevance était payable en argent ; mais lorsque le *vectigal* consistait en une quote-part des fruits, il prenait le nom de *decumæ*.

Cette différence dans le mode de prestation entre les diverses provinces est nettement formulée par Cicéron dans un passage qu'il faut reproduire, parce qu'il a soulevé une difficulté sur le mode de perception du *stipendium*. *Inter Siciliam ceterasque provincias, judices, in agrorum vectigalium ratione hoc interest, quod ceteris aut impositum vectigal est certum, quod stipendiarium dicitur, ut Hispanis et plerisque Pœnorum, quasi victoriæ præmium ac pæna belli; aut censoria locatio constituta est, ut Asiæ lege Sempronia. Siciliæ civitates sic in amicitia fidemque recepimus, ut eodem jure essent, quo fuissent* (2). Il est évident que l'orateur veut ici faire ressortir la condition meilleure faite à la Sicile

(1) Hyginus, *De conditione agrorum*; — Silius Flaccus, *De cond. ag.*; — Cicéron, *In Verr.*, III, 6; — *In Rullum, De leg. agr.*, II, 7; III, 2 et 3; — Tite-Live, I, 15; II, 41; XXVI, 16; XXVIII, 46; XXXI, 13; XXXVI, 39; — Appien, *De bello civ.*, V, 12 à 15; — Suétone, *Domit.*, 9.

(2) *In Ver.*. III, 6.

par les traités qu'aux autres provinces : il la compare d'abord à l'Espagne et à Carthage sous le rapport de l'assiette de l'impôt : ces deux provinces doivent un tribut fixe en argent, la Sicile paie la dîme qui est subordonnée aux chances de la récolte et moins lourde aux contribuables. Puis il met la même province en opposition avec l'Asie relativement au mode de perception : tandis qu'une loi spéciale faite par les Romains, la lex Sempronia, détermine pour l'Asie les conditions de la *censoria locatio*, en Sicile « on n'a point touché à la loi de l'adjudication des dîmes... ; on a voulu qu'elles fussent affermées d'après la loi d'Hiéron, que les Siciliens pussent présider eux-mêmes à leurs affaires, et qu'ils ne fussent pas effarouchés par une loi nouvelle ni même par une loi qui portât un nom nouveau. »

Mais on est allé plus loin, et Cujas notamment a voulu tirer du texte de Cicéron la preuve d'une différence dans le mode de perception entre le *stipendium* et le *vectigal incertum*, ce dernier affermé aux publicains, le premier perçu d'une autre manière : *stipendia publicanis locari non solent* (2). Dans l'opinion de Cujas, Cicéron, après avoir parlé du *stipendium*, venant dire aussitôt que le *vectigal incertum* est donné à ferme, a voulu nécessairement signaler une opposition entre les deux impôts. Mais cette explication ne nous paraît pas exacte : la comparaison n'est pas entre la condition de l'Espagne et celle de l'Asie : elle est, d'une part sur la nature de l'impôt, entre la Sicile et l'Espagne, d'autre part sur les formes et conditions de la mise en adjudication, entre l'Asie et la Sicile, celle-ci régie par sa loi nationale, la première soumise à une loi dictée par le vainqueur. Il faut remarquer en effet que l'expression *censoria locatio* ne

(2) Cujas, *Observ.*, VII, 4; — Matthœus, *lib.*, II, c., 1; — Xenopolus, *op. cit.*, § 7.

doit pas être isolée dans le texte, il faut la rapprocher des mots *lege Sempronia* qui l'expliquent, étant justement le terme d'opposition avec la loi d'Hiéron laissée aux Siciliens.

Un argument plus sérieux en apparence pourrait être tiré d'un texte de Dion Cassius, où la suppression des fermiers paraît être présentée comme la conséquence du fait que l'impôt en nature venait d'être transformé en une contribution pécuniaire fixe : « César, dit-il, délivra l'Asie des publicains et changea les dîmes en une contribution en argent (1). » Mais la valeur de ce texte est détruite parce qu'il est en contradiction avec une harangue d'Antoine, lieutenant de César, aux Asiatiques, rapportée par Appien, et qui explique plus nettement le caractère de la réforme faite par le dictateur : « *Nous ne vous avons pas imposé*, dit Antoine, *un tribut en argent* qui aurait été pour nous un revenu certain, à l'abri de toute éventualité ; mais nous avons consenti à *recevoir annuellement une fraction de la récolte*, nous associant ainsi avec vous pour supporter les mauvaises chances des saisons. Et comme les publicains vous faisaient subir d'injustes extorsions, César vous a fait la remise du tiers des dîmes que vous deviez leur payer, et pour vous protéger à l'avenir contre leurs injustices, il vous a permis de percevoir vous-mêmes les impôts dûs par les agriculteurs (2). » Ainsi les textes ne nous donnent aucun renseignement sur le mode de recouvrement du *stipendium*.

Et maintenant si on considère que dans certaines provinces stipendiaires, en Gaule notamment (3), le système de la ferme était en vigueur avant la conquête, et que les Romains

(1) *Hist. rom.*, Jul. Cæsar, XLII, 6.

(2) De *bellis civilibus*, V, 4.

(3) Cæs., *De bell. gall.*, I, 18; — L. Reynier, *Economie polit. des Celtes*, p. 270, 271; — Baudi di Vesme, *op. cit.*

eurent toujours coutume de respecter autant que possible les formes et les usages qu'ils trouvaient établis dans les pays conquis, est-il possible de croire qu'ils aient substitué dans ces provinces au mode existant un système de perception qui fut toujours exceptionnel pour eux pendant plus de huit siècles ! D'ailleurs si le *stipendium* n'était pas affermé aux publicains, quels auraient été les agents chargés de ce recouvrement ? Seraient-ce les questeurs ? mais un seul questeur par province n'aurait pas pu suffire à la tâche, ou bien il aurait été le chef d'une vaste administration dont il serait resté quelque trace dans les auteurs. Peut-être, dira-t-on, cet impôt étant d'un recouvrement facile, était réparti et perçu dans les *civitates* par des délégués des habitants, comme le *tributum ex censu* était levé à Rome par des membres de la tribu, par les *tribuni œrarii*. Nous voyons, en effet, dans Cicéron qu'en Sicile la contribution personnelle à laquelle étaient soumis les habitants, en outre de la dîme, était répartie par des censeurs élus par le peuple ; mais nous savons que la Sicile jouissait d'une condition très-favorable, et d'ailleurs il n'est pas certain que même dans cette province cette contribution ne fût pas affermée aux publicains : « dans l'établissement du cens, dit Cicéron, tout pouvoir est laissé aux censeurs, soit pour estimer les biens, soit pour fixer la somme à fournir par chacun ; » nulle part il n'est question d'un mode spécial de perception pour cette contribution en Sicile. De plus, l'organisation municipale en province avant l'établissement du décurionat n'était ni assez fortement constituée ni assez uniforme pour qu'on pût laisser aux cités le droit de lever elles-mêmes leurs impôts. Enfin les sociétés de publicains n'auraient pas eu l'importance que nous révèlent tous les textes, si cette branche des revenus publics leur avait échappé, la plus considérable certainement, puisque d'im-

menses provinces, l'Espagne, l'Afrique, les Gaules, etc., étaient assujetties au *stipendium,* et que les autres même étaient toutes soumises au-delà de la dîme à une taxe en argent. On peut donc conclure sans hésitation que pendant toute la durée de la république, les revenus de l'*ager provincialis*, quelle que fût leur nature, furent toujours perçus par l'intermédiaire des fermiers publics.

§ II. — Scriptura.

Parmi les terres du domaine public réservées à l'usage commun, les prairies et les bois furent dès l'origine la source de revenus considérables, parce qu'une taxe était perçue par chaque tête de bétail à l'entrée de ces pâturages. Cette redevance, proportionnelle au nombre du troupeau, était appelée *scriptura*, à cause de l'obligation dont les propriétaires étaient tenus, de déclarer et de faire inscrire sur les registres des fermiers de cet impôt les bestiaux qu'ils voulaient envoyer aux pacages : *scriptuarius ager publicus appellatus*, dit Festus, *in quo, ut pecora pascantur*, *certum æs est*, *quia publicanus scribendo conficit rationem cum pastore*. Sous la royauté, cette taxe fut peut-être la principale ressource du trésor, probablement la première affermée, et le mot *pascua* devint générique, — c'est Pline qui l'atteste — pour désigner tous les *vectigalia*.

Cicéron nous apprend que le tribun Spurius Thorius restreignit par un plébiscite la faculté d'envoyer les bestiaux sur l'*ager publicus* (1) ; d'autre part, la loi *Thoria agraria*, présentée sans doute par le même tribun, accorda gratuitement à tous le droit de pâturage pour un certain nombre

(1) *De orat.*, II, 70.

de têtes de bétail; elle abolit même complètement l'impôt pour le droit de pâture dans les forêts et les taillis (1). D'ailleurs, en l'an de Rome 643, ce qui subsistait de l'*ager publicus* n'était guère considérable par suite des assignations successives faites en vertu des lois agraires, et la *scriptura* devait forcément disparaître. Mais on se garda bien de supprimer cet impôt dans les provinces : la loi Thoria elle-même déclare qu'il sera perçu en Afrique selon les lois anciennes (c. 42 *infine*) ; dans Cicéron il est question de la société qui l'avait pris à ferme en Sicile, et le même écrivain cite parmi les richesses de l'Asie le *vectigal ex scriptura* (2). Partout cet impôt était aux mains des publicains et ils le conservèrent tant qu'il subsista.

§ III. — Portoria.

L'expression *portorium* comprend à la fois les douanes, les octrois et les péages : dans certains textes le mot *vectigalia* est restreint à cette source de revenus (Tacit., Ann., XIII, 50). Les Romains distinguaient les *portoria maritima* perçus à l'entrée des ports, et les *portoria terrestria* perçus aux frontières de terre, aux portes d'une ville ou sur les chemins. Etablis dès l'époque royale, les droits de douane furent abolis par le sénat, après la chute de Tarquin ; remis en vigueur vers le temps de la première guerre punique, ils furent de nouveau supprimés en Italie par la loi Cæcilia, l'an 693 de Rome, pendant le premier triumvirat. Mais bientôt César, pressé de se procurer des ressources, les rétablit

(1) Cap., IV, X infine, XI. — *Novum Enchiridion*, 1873.

(2) *In Ver.*, II, 70. — *Pro lege* Manilia, 6.

définitivement, et après sa mort ils furent complètement réorganisés. A cette époque, le territoire de la république fut divisé en un certain nombre de grandes circonscriptions douanières : Italie, Sicile, Gaules, Espagne, Asie, etc., où toutes les marchandises entrant et sortant payaient un droit à la frontière. Les textes nous indiquent certains objets exemptés de l'impôt, notamment les choses servant à l'usage personnel des voyageurs, celles du fisc et les produits destinés à l'agriculture.

Le taux de l'impôt variait suivant les provinces; il fut tantôt du vingtième de la valeur vénale, plus souvent du quarantième ou du cinquantième. Mais il est certain que sous les prédécesseurs de Justinien, le huitième fut le taux unique pour tout l'empire, et il était dû sur toutes les marchandises transportées dans un but commercial : les textes qui mentionnent le *vectigal octavarii* ont tous le caractère de la plus grande généralité. Une grande controverse divise les interprètes sur le point de savoir à partir de quelle époque l'*octava* fut mis en vigueur dans l'empire : la difficulté vient de ce que le taux du huitième est relaté dans une constitution d'Alexandre Sévère de l'année 227, et dans deux constitutions des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, tandis qu'il n'y a trace de cette élévation de tarifs ni dans les textes des auteurs contemporains, ni au Digeste, ni au Code Théodosien. Il semble résulter de plusieurs inscriptions et de certains passages de Suétone, de Quintilien et de Symmaque, qui fut consul et professeur en 391, sous Théodose-le-Grand, que l'époque du changement ne peut être antérieure à la fin du IVe siècle et au partage définitif de l'empire (395). Les constitutions antérieures dans lesquelles il est parlé du *vectigal octavarii* ont donc été sans doute interpolées par les rédacteurs du code de Justinien, afin de les mettre d'accord avec les lois en vigueur :

mais il n'est pas dans notre sujet d'étudier plus au long cette discussion (1).

Tout ceci suffit à démontrer que les *portoria* furent toujours l'une des ressources les plus considérables du trésor, et il nous reste à établir que la perception de cet impôt ne cessa à aucune époque d'être affermée aux publicains; le mode de recouvrement direct par des agents du fisc ne lui fut jamais appliqué. Tacite, dans ses Annales, rappelant les remontrances du sénat relatives à la suppression des douanes que Néron avait feint un instant de vouloir abolir, après avoir dit que la plupart des sociétés de publicains avaient été établies au temps où le peuple romain était le plus jaloux de sa liberté, ajoute : *temperandas plane publicanorum cupidines, ne per tot annos sine querela tolerata novis acerbitatibus ad invidiam verterent* (XIII, 50). Ainsi, à cette époque aucun autre mode de perception ne paraissait possible, puisque Néron, en présence des plaintes que soulevaient les exactions des fermiers, avait eu la pensée de supprimer l'impôt. Cependant quelques années plus tard, sous le règne de Vespasien ou de Titus (2), à côté des publicains apparaissent des officiers impériaux à Rome et dans les bureaux du chef-lieu et des villes importantes de chaque circonscription douanière; et au-dessous des *procuratores*, dans les postes situés sur les frontières, on trouve un personnel nombreux d'affranchis ou d'esclaves de l'empereur, *præpositi*, *villici*, *tabularii*, *contrascriptores*, à côté des affranchis ou des esclaves, chefs de station, teneurs de livres ou copistes, des fermiers publics. De nombreuses inscriptions établissent l'existence simultanée des publicains

(1) En ce sens, *Dureau de la Malle*, t. II, p. 459; — Cagnat; — Vigié, p. 88; — Cpr. Serrigny, 893ᵉ; — Humbert, *op. cit.*, p. 12.

(2) Corpus inscript. latinarum, V, 7209.

et de fonctionnaires impériaux (1), mais il faut remarquer que dans aucune il n'est fait mention d'*arcarii*, parmi les esclaves de l'empereur. Or ceci est important : c'est qu'en effet les *procuratores*, que nous verrons ailleurs spécialement attachés à la perception de l'impôt, furent établis dans le service des douanes, non pas pour aider ou suppléer les publicains dans le recouvrement des taxes, mais pour surveiller et contrôler exactement leurs actes et ceux de leurs agents, prendre garde qu'il ne soit pas perçu un droit plus fort sur les marchandises que le taux fixé par la loi, et centraliser à Rome les recettes des diverses provinces. Les *portoria* furent donc affermés pendant toute la durée de l'empire et des constitutions de Constantin, insérées au Code de Justinien, prouvent que ce mode de perception était encore en vigueur au VI[e] siècle, après la chute de l'empire d'Occident (2).

§ IV. — Vicesima manumissionum.

Les affranchissements donnaient lieu à la perception d'un droit du vingtième de la valeur vénale de l'esclave affranchi, et de là le nom de cet impôt : *aurum vicesimarium* ou *vicesima manumissionum*. Cette taxe, l'une des premières qui aient été créées à Rome, fut établie en 396 (357 av. J.-C.) par la loi Manlia, votée dans le camp de Sutrium par les soldats assemblés en tribus (Tite-Live, VII, 16). Les revenus qui provenaient de cette source servirent à constituer un fond de réserve pour les besoins extraordinaires de l'Etat et au temps de Cicéron cette destination spéciale subsistait encore.

(1) *Corpus inscript. latinarum*, III, 1568, 751, 753, 6124, 5184, 5146, — III, 1565, 3327, 5117, 1351, 4024, — V, 5090, 7643, 7211, 8650, etc., etc. — Wilmanns, *Exempla inscript. latin.*, 1293.

(2) L. 4, C., 4, 61, — L. 4, C., 4, 62.

Les affranchissements qui ne conféraient pas le droit de cité ne furent jamais soumis à l'impôt du vingtième : cette taxe était comme le prix d'acquisition de la cité romaine et des privilèges qui y étaient attachés. La valeur de l'esclave était fixée par le *vicesimarius* ou receveur de l'impôt, et le vingtième était dû, en principe et surtout lorsqu'il avait un pécule, par l'affranchi lui-même. Mais souvent, lorsque la liberté était un don du maître, sans prix de rachat, celui-ci complétait son bienfait par cette libéralité accessoire, et on trouve dans de nombreux testaments le legs de la *vicesima* joint au legs de liberté : « *Omnes illos in testamento meo manumitto*..., dit Trimalcion dans Pétrone, *Corrioni quoque insulam lego et vicesimam et lectum stratum* (1). » De même, Dasumius, dans un passage de son testament, chargeait par fidéi-commis ses héritiers d'acquitter cette somme : « *Liberi sunto, prœterquam si quem ex his alio scripto liberum esse vetuero. Quem enim ita vetuero, is neque liber esto, neque vicensimæ nomine ei prove eo publicano XX libertatis heres meus quidquam dato. Ceteros omnes, quos liberos esse jussi, eos ex meo accipere volo, quod eo nomine publicano debebunt; fidei autem eorum committo, quisquis mihi heres heredesve erunt, ut eam pecuniam singulis dent tribuant concedant sine ulla controversia* (2). »

De ce dernier document, daté de l'an 109 de notre ère, il résulte donc que, sous le règne de Trajan, le recouvrement de cet impôt était affermé à des publicains. On ne rencontre de *procuratores* spécialement attachés à sa perception que vers la seconde moitié du IIe siècle. Cet impôt disparut sous Dioclétien.

(1) *Trimalcion*, c. 71.

(2) Testament de Dasumius, restitué par Rudorff, *Novum Enchiridion* de Giraud, 1873, p. 658.

§ V. — Vectigal rerum venalium.

L'impôt du centième sur les denrées de consommation et plus généralement sur toutes les choses qui ont fait l'objet d'un marché ou d'une acquisition, fut établi par Auguste après les guerres civiles, au profit de l'*ærarium militare*. Malgré les plaintes générales du peuple, Tibère refusa d'abolir un impôt aussi productif, mais il le réduisit quelque temps de moitié, *ducentesimam in posterum statuit*, dit Tacite, puis il le ramena bientôt au centième (1). Le *vectigal rerum venalium* subsistait encore sous Justinien, car on a conservé au Code des constitutions de Constantin et des empereurs Arcadius, Honorius et Théodose, où il est question de cette contribution (L. 1, C., 12, 47 ; L. 4, C., 12, 19).

Le taux de l'impôt fut toujours plus élevé pour les ventes d'esclaves que de choses ordinaires : il était d'abord du cinquantième, puis il fut du double. Tacite rapporte que Néron transporta de l'acheteur au vendeur l'obligation d'acquitter ce droit ; mais il ajoute qu'en réalité la situation des parties ne fut pas modifiée : « *Quia quum venditor pendere juberetur, in partem pretii emptoribus adcrescebat* (2). »

Cette phrase prouve, pour le dire en passant, que les Romains s'étaient préoccupés, comme les financiers modernes, de l'incidence de l'impôt. Ainsi Tacite estimait que si le vendeur était chargé d'acquitter ce que nous appellerions aujourd'hui le droit de mutation, il le mettait, comme disait Franklin, dans sa facture, et le faisait supporter en réalité par l'acheteur sous forme d'augmentation de prix. Cette pensée que l'impôt peut ainsi être réfléchi, de celui qui le paie,

(1) Tacite, Ann., I, 78, II, 42 ; — Dion Cassius, LVIII, 16.

(2) Ann., XIII, 31.

à d'autres personnes, a été celle de la plupart des économistes modernes et des financiers : on la retrouve sous la plume des hommes d'Etat, comme M Thiers, dans son livre *De la Propriété*, et le duc de Broglie, dans un ouvrage posthume intitulé , *le Libre Echange et l'Impôt*, publié par son fils en 1849.

Mais, au fond, il n'est pas certain qu'elle soit vraie, et il est tout au moins très exagéré d'assurer que les choses se passent toujours ainsi. Cette idée que le vendeur fait supporter l'impôt à l'acheteur n'est pas d'une vérité plus absolue que l'idée contraire selon laquelle l'acheteur ferait toujours supporter l'impôt au vendeur pour qu'il le calcule dans le prix. C'est qu'en effet la vérité est qu'aucune des deux parties n'est ordinairement maîtresse de fixer à elle seule le prix. Si chacune d'elles est libre, si elles ne sont pressées l'une et l'autre ni par le besoin de vendre ni par le besoin d'acheter, il est peut-être plus exact de penser que chacune fait une partie du sacrifice demandé par l'impôt. Ainsi notre loi du 22 frimaire an VII dit, dans son article 31, que les droits de translation de propriété seront supportés par les nouveaux possesseurs, c'est-à-dire acquittés par les acheteurs au contraire de ce que Tacite nous rapporte ; cela ne signifie pas que le vendeur n'en souffre point et qu'il n'aurait pas obtenu un plus haut prix sans l'intervention du fisc. Dans les ventes qui se font à la Bourse, le règlement des agents de change de Paris fixe les droits de courtage à un quart pour cent de la valeur à négocier, à supporter moitié par chacune des parties : il est probable que ce règlement donne la note vraie dans la plupart des espèces, ce qui n'empêche pas d'ailleurs que la réflexion de Tacite puisse avoir sa portion de vérité et méritât, en tout cas, d'être mise en relief dans cette rapide digression.

Le *vectigal venalium rerum* et le *vectigal venalium man-*

cipiorum furent affermés dès leur création, et, sous Constantin, ils étaient encore aux mains des publicains, ainsi qu'il résulte d'une constitution de ce prince où il en est fait mention. Cette constitution, insérée au Code, permet de croire que le même mode de perception était appliqué à ces impôts sous Justinien (L. 1, C. 12, 47). Il est vrai que dans une inscription (1) où il est question d'un *procurator* $\overline{CC}$, on a voulu lire *procurator ducentesimæ*, ce qui serait la preuve que la perception du *venalitium* aurait été confiée à des agents impériaux. Mais le taux du deux-centième, établi momentanément et supprimé bientôt par Tibère, ne fut pas remis en vigueur sous ses successeurs, et l'inscription rapportée par Spon est bien postérieure au règne de ce prince. Les lettres *CC* désignent simplement un *procurator ducenarius*, c'est-à-dire aux appointements de 200,000 sesterces.

§ VI. — Vicesima hereditatum.

C'est un impôt de création plus récente. Appien rapporte qu'en l'année 714, les triumvirs, pour faire face aux frais de la guerre contre Sextus Pompée, imposèrent aux héritiers testamentaires et aux légataires le paiement d'un droit proportionnel au bénéfice recueilli par chacun d'eux (2). Ce fut à cette époque que la loi Falcidie créa une réserve légale au profit de l'héritier institué, pour empêcher des renonciations qui entraînaient l'entier évanouissement des dispositions testamentaires et par suite la perte de l'impôt. Mais, supprimé bientôt à cause des réclamations du peuple, — *illud edictum plebs furibunda detraxit*, dit Appien, — il ne fut définitivement établi qu'en l'année 759, sous Auguste, par

(1) Spon, *Recherches curieuses d'antiquités*, diss. VII, p. 143.

(2) Appien, *De bell. civil.*, V, 67.

la *lex Julia de vicesima hereditatum;* un rescrit d'Adrien acheva plus tard sa complète organisation.

L'impôt du vingtième s'appliquait à toutes les successions légitimes et testamentaires, excepté à celles des pauvres et à celles qui étaient dévolues aux proches parents. Il était dû sur l'actif de la succession, déduction faite des dettes héréditaires et de certains frais, les *sumptus funeris*, par exemple. La *lex vicesima* ne frappait que les citoyens : son but était d'imposer à Rome et à l'Italie une charge qui compensât les lourdes contributions payées par les provinces. Aussi, Dion Cassius dit formellement que l'extension du droit de cité à tous les sujets de l'Empire par Caracalla fut accordée dans un but purement fiscal et pour rendre plus productifs les impôts du vingtième sur les affranchissements et sur les successions (1). Il en doubla aussi la quotité; mais Macrin, son successeur, les ramena au vingtième.

Une clause du testament de Dasumius nous montre combien le recouvrement de la *vicesima hereditatum* était difficile et devait prêter à des contestations. Après avoir fait divers legs et mis le paiement de l'impôt à la charge des héritiers institués, Dasumius exige d'eux qu'ils emploient tous les moyens possibles, accord amiable, transaction, compromis, pour éviter que ceux auxquels il a fait des libéralités ne soient inquiétés : « *Hoc amplius*, dit-il, *quisquis mihi heres heredesve erit eruntve eum eosque rogo fideique ejus eorumque committo, ut quæcumque hoc testamento cuiquam dedi legavi, ea vicensimis omnibus modis liberent, ita ut eas aut solvant judiciave suscipiant eo nomine, aut vicensimæ nomine cum publicano, qui id vectigal conductum habebit, aut paciscantur, aut decidant, aut in arbitrium compromittant* (2). » La *lex*

(1) Dion Cassius, LXXIX, 9.

(2) *Novum Enchiridion*, 1873, p. 660.

vicesima elle-même et l'édit d'Adrien avaient règlementé les formalités et délais relatifs à l'ouverture des testaments, afin que la perception du droit ne subît ni retard ni difficultés.

Au moment où Dasumius fit son testament, l'impôt sur les successions était donc affermé à des publicains ; à peu près à la même époque, Pline disait, dans le panégyrique de Trajan, pour exprimer que ce prince avait fixé le chiffre au-dessous duquel une succession était réputée pauvre : « *Statuit enim summam quæ publicanum pati possit* » (c. 40) ; enfin d'assez nombreuses inscriptions du même temps mentionnent des *magistri* et des *promagistri XX hereditatum* (1). Cependant, dès la seconde moitié du premier siècle, il est question d'un *procurator* de l'impôt sur les successions, affranchi de Claude : « *Diis manibus Ti. Claudii Augusti liberti, Saturnini, procuratoris $\overline{XX}$ hereditatum provincia Achaiæ, Saturnina conjux fecit* » (2) ; dans des inscriptions postérieures, on trouve toute une hiérarchie de fonctionnaires impériaux, tant à Rome que dans les provinces, *procuratores, tabularii, tabelliones, villici, arcarii*, etc. (3) ; et un texte de Marcien, au titre *De jure fisci* (L. 32), mentionne un rescrit de Marc-Aurèle adressé aux *procuratores hereditatum*.

On a soutenu que ces officiers impériaux étaient chargés simplement de surveiller les publicains, mais que la perception de l'impôt avait continué à être affermée. Tel dut être, en effet, tout d'abord le rôle des *procuratores ;* mais si l'on remarque, d'une part, que postérieurement au règne d'Adrien aucun texte ne fait mention de la ferme de la *vicesima*

(1) Gruter, t. 1, 2e partie, p. 426, n° 5; p. 454, n° 8.

(2) Inscription de la villa Borghèse, rapportée par M. Cagnat, *op. cit.* p. 193.

(3) Orelli-Henzen, 6940, 3332, 6644, 6646, 6568.

hereditatum, car les inscriptions qu'on pourrait opposer à ce dire ne sont pas datées et rien ne prouve qu'elles ne soient antérieures à ce prince, d'autre part qu'il est question d'*arcarii vicesimæ hereditatis* parmi les esclaves de l'empereur, il faut conclure que le système de la régie fut partout substitué à la ferme pour la perception de cet impôt. Peut-être les deux systèmes furent appliqués simultanément d'une manière provisoire et dans des provinces différentes (Or. Henz., 3331); mais la transformation générale devait être accomplie vers la seconde moitié du deuxième siècle.

Cet impôt existait encore sous Valens; il était aboli sous Justinien (Gruter, 286, IV; L. 3, C. 6, 33).

§ **VII.** — *Impôts sur les mines et carrières et sur les salines.*

Les carrières et mines appartenaient à l'État ou à des particuliers : les premières étaient affermées à des publicains qui les exploitaient; Pline nous atteste qu'ils en retiraient un grand bénéfice : *minium adulterari multis modis, unde prædia societati.* Celles qui ne faisaient pas partie du domaine public étaient frappées d'une redevance proportionnelle aux produits extraits et qui était aussi donnée à l'adjudication à des fermiers.

Les textes nous fournissent la preuve que les salines, comme les mines et carrières, pouvaient appartenir à l'État ou former des propriétés particulières : il est question de ces dernières dans plusieurs fragments du Digeste (1); et d'autre part, les jurisconsultes mentionnent des *socii salinarum*, ce qui ne peut s'entendre que des publicains chargés d'exploiter les salines du domaine public.

Mais on discute très-vivement la question de savoir si l'État s'était réservé le monopole de la vente du sel et si

(1) L. 32, § 3, D., 33, 2; — L. 5, § 1, D., 27, 9;

ce monopole donna lieu à la perception d'un impôt. Tite-Live (I, 23) et Pline (H. N. XXXI, LI, 5) rapportent qu'Ancus Martius créa des salines à Ostie, et Aurelius Victor ajoute : *salinarum vectigal instituit;* ces expressions ne doivent pas s'entendre d'un impôt établi sur le sel, ellés désignent simplement la source d'un nouveau revenu domanial. Dès les premiers temps de la république, comme la spéculation avait fait hausser le prix du sel, on avisa à arrêter ce danger : *salis quoque vendendi arbitrium*, dit Tite-Live (II, 9), *quia impenso pretio venibat*, *in publicum omni sumpto*, *ademptum privatis*. Un docteur allemand, M. Max Cohn, professeur à l'université de Zurich, a récemment enseigné que la réforme indiquée par Tite-Live s'appliquait aux salines de l'État, en ce sens que les publicains, à qui elles étaient affermées, perdirent à l'avenir le droit de vendre le sel au prix qu'ils jugeraient convenable, un *maximum* leur étant désormais imposé dans le cahier des charges (1).

Cette explication heurte trop directement le texte de Tite-Live pour qu'il soit possible de l'accepter. Il est donc préférable d'adopter l'opinion ancienne, à savoir que l'État, en cette année 246, se réserva le monopole de la vente du sel : les mots *arbitrium vendendi* doivent plutôt s'entendre de la liberté de commercer sur le sel que du droit de fixer le prix de vente; puis est-on en droit d'affirmer que le mot *privati* désigne dans ce texte les publicains, alors que dans tous les auteurs les publicains sont ceux *qui publico fruuntur*, et que leurs sociétés sont partout opposées aux *societates privatæ*.

A cette époque, le monopole fournissait à l'État un revenu considérable, mais il ne tenait pas lieu d'impôt, car il avait été établi dans le but de donner le sel à meilleur marché.

(1) Max Cohn, *op. cit.*, cap. 7.

Ce furent les censeurs Livius *Salinator* et Claudius, au cours de la deuxième guerre punique, qui, d'après Tite-Live (xxix, 37), *vectigal novum ex salaria annona statuerunt,* et Dion Cassius (lviii, 70) est formel pour confirmer la création de cet impôt.

Ce monopole et l'impôt subsistèrent-ils pendant toute la durée de la république et sous l'empire? Les textes ne signalent aucun changement à cet égard, et la question est très-discutée. Ulpien semble assimiler le *vectigal salinarum* à la redevance due par les propriétaires de mines ou carrières, et il semble que les particuliers aient eu la liberté de faire le commerce du sel, car cette marchandise est énumérée parmi celles pour lesquelles Dioclétien fixa un *maximum* du prix de vente. Mais postérieurement, les empereurs Arcadius et Honorius défendent de vendre ou d'acheter du sel sans l'intermédiaire des *salinorum conductores*, sous peine de confiscation de la chose et du prix, au profit des *mancipes*, ce qui semble bien indiquer l'existence d'un monopole (L. 11, C. 4, 61). Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas douteux qu'un impôt ait toujours existé sur le sel, et qu'il ait été longtemps affermé aux publicains.

Telle est, en résumé, l'histoire des principaux impôts qui furent affermés et de leur perception : cet exposé embrasse toute la période de la république et plus d'un siècle de l'empire. Il nous reste à dire brièvement les formes et conditions de l'adjudication.

Section II. — FORMES ET CONDITIONS DU BAIL.

Le pouvoir d'affermer les impôts appartenait aux censeurs, et de là l'expression *censoria locatio* qui, dans un sens étendu, comprend toutes les adjudications publiques faites par ces magistrats pour le compte de l'État. Ancienne-

ment les *locationes censorum* étaient, dit Festus, qualifiées ventes, parce qu'on avait considéré ces adjudications comme ventes de revenus.

On a soutenu que les consuls avaient concurremment avec les censeurs le droit de procéder à l'adjudication des impôts, mais on s'est trompé sur la signification du texte qu'on invoque : *opera optimatibus data est*, dit Suétone (Cœsar, XIX), *ut futuris consulibus provinciœ minimi negotii, id est sylvœ callesque darentur.* Chaque année, avant l'élection des consuls, le sénat désignait les provinces qui leur seraient assignées ; au moment de l'élection de César, le sénat, redoutant sa puissance, lui donna, au lieu d'une province à gouverner, la mission de veiller à la sécurité publique dans les forêts et sur les routes, ce que Suétone appelle ironiquement *provinciœ minimi negotii.* Virgile fait allusion à ce fait dans une églogue :

Si canimus sylvas, sylvœ sint consule dignœ.

Il n'y a donc pas lieu de conclure du texte de Suétone que les pâturages publics fussent donnés à ferme par les consuls; nous voyons d'ailleurs le contraire dans d'autres textes (Cic. in Brut., XXII; Varron, *De re rust*, II, 1).

C'est à défaut de censeurs que les consuls étaient quelquefois chargés par le sénat de faire les adjudications et ils leur succédèrent dans cet office quand la censure fût abolie. Quelques auteurs ont pensé qu'après l'institution des *procuratores*, c'est à ces officiers impériaux que revint le soin de régler avec les fermiers les conditions du bail.

Pour prévenir les intéressés et porter à leur connaissance les clauses et conditions de l'adjudication, les censeurs publiaient chaque fois à l'avance un cahier des charges, dont le fond finit par devenir une loi administrative permanente, presque invariable, à laquelle on *ajoutait* seulement à chaque

nouvelle promulgation ce que les circonstances exigeaient de particulier.

Cicéron nous apprend que l'adjudication ne pouvait avoir lieu qu'à Rome, au *forum*, en présence du peuple, et que la Sicile jouissait à cet égard d'importants privilèges (1). Les baux étaient faits pour cinq ans et n'étaient définitifs qu'après avoir reçu l'approbation du sénat. Constantin réduisit à trois années la durée du bail, et il décida qu'à l'expiration du terme le précédent adjudicataire ne serait tenu en aucun cas de conserver la ferme pendant une nouvelle période : on avait en effet dérogé au principe de la liberté d'adjudication en obligeant les fermiers *qui avaient réalisé d'importants bénéfices durant leur gestion*, à continuer le bail pendant un autre lustre, lorsque personne n'offrait aux enchères un prix égal à celui de la précédente adjudication (L. 4, C., 4, 61 ; L. 9, § 1, et L. 11, § 5, D., 39, 4 ; L. 3, § 6, D., 49, 14).

Dès les premiers temps, la concurrence dut se manifester entre les adjudicataires, et produire ses effets ordinaires.

Aussi trouvons-nous dans les fragments 32 et 37 au titre *Pro socio* la preuve d'une entente entre les concurrents pour se préserver contre l'exagération des prix. Ulpien, après avoir dit qu'il n'y a pas société lorsque la communauté n'est pas née de l'intention de s'associer, ajoute : *ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus : nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est.* Dans cette hypothèse, il n'y a pas société, il y a communauté d'adjudication, et chacun gère pour son compte une part de l'entreprise. Cependant tous sont tenus conjointement envers

(1) *De leg. agr., contr. Rullum*, I, 3 ; II, 21 ; *In Verr.*, III, 7.

l'État, et si l'un d'eux administre mal ou devient insolvable, la part contributive des autres dans le prix reste augmentée de la fraction afférente à celui-là. Aussi a-t-on essayé de rattacher à l'hypothèse prévue par Ulpien une conséquence énoncée par le jurisconsulte Paul dans un texte que nous expliquerons plus loin (L. 9, § 4, D. 39, 4) (1) ; mais on a oublié de remarquer que dans le premier cas il y a simple communauté d'adjudication, *quod a societate longe remotum est*, tandis que Paul prévoit un cas de société, et son texte débute par ces mots : *socii vectigalium*.

Section III. — PUISSANCE ET EXACTIONS DES PUBLICAINS

La puissance des publicains avait commencé lorsque les guerres faites hors de l'Italie exigèrent la réunion et le transport de grands approvisionnements, et que les conquêtes eurent accru la République de vastes provinces, comme la Sicile, l'Espagne, la Macédoine, auxquelles on ne manqua pas d'imposer des tributs soit en argent, soit en nature. Mais ce fut un motif politique, la lutte de Caius Gracchus contre les patriciens, qui assura leur prépondérance par la consécration législative d'un ordre nouveau et privilégié dans l'État, l'ordre des chevaliers dont la plupart des publicains faisaient partie. Diverses mesures leur conférèrent une influence active sur l'administration de la justice, et les fonctions judiciaires leur furent alors peut-être exclusivement transportées : patriciens et chevaliers se les disputèrent ensuite pendant près d'un siècle.

Longtemps auparavant, vers l'année 217 ou 219 avant J.-C., la loi Claudia avait défendu aux sénateurs ou fils de sénateurs d'avoir un navire qui tînt plus de 300 amphores,

(1) Xenopolus, § 17.

cette capacité étant jugée suffisante pour le transport des produits de leurs terres. D'une manière générale cette loi leur interdit toute spéculation, notamment la faculté de faire des entreprises publiques, et un véritable monopole fut ainsi accordé aux chevaliers qui constituèrent désormais, à côté du sénat, une aristocratie d'argent. Cependant la loi Claudia ne dut pas atteindre absolument son but, car nous voyons apparaître dès lors ces sociétés dont nous allons étudier l'organisation et la nature juridique, et dans lesquelles personne ne pouvait empêcher les patriciens d'avoir des parts anonymes, d'entrer à titre de cautions ou tout au moins de commanditaires.

Les sociétés de publicains existaient en effet pendant la deuxième guerre punique, *ad conducendum tres societates aderant,* dit Tite-Live, et déjà elles disposaient sans doute de grandes ressources, puisqu'elles entreprirent à crédit les fournitures de l'armée d'Espagne, se contentant de la promesse du préteur, *ut cum pecunia in ærario esset, iis primum solveretur* (XXIII, 48). C'est, il est vrai, un exemple d'association dans un cas de prestations à faire pour le compte et aux frais de l'État ; mais il en était certainement de même pour la ferme des revenus publics. A l'origine les adjudicataires furent des individus isolés, agissant chacun pour soi-même ; plus tard la ferme vit grandir son importance avec les conquêtes du peuple romain et l'usage s'établit en outre d'adjuger en bloc tous les impôts d'une même province. Or il fallait que l'adjudicataire avançât à l'État au moins une partie du produit qu'il percevait ensuite par ses agents ; mais les sommes à avancer étaient devenues si considérables qu'il n'était plus possible à personne, quelle que fût la fortune de l'adjudicataire, de satisfaire par ses seules ressources à tous les engagements du bail, et les sociétés vectigaliennes naquirent ainsi des nécessités de l'entreprise.

Cicéron atteste en une foule de passages le rang élevé des publicains dans l'ordre des chevaliers, *flos enim equitum romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum reipublicæ publicanorum ordine continetur.* (Pro Plancio, IX.) « Vous savez, écrit-il à Crassipès (XIII, 9), que j'ai toujours été porté de cœur pour l'ordre des publicains, .. que j'aime tout particulièrement la société de Bithynie, *quæ societas ordine, ipso hominum genere, pars est maxima civitatis.* »

Toutefois c'est dans ses lettres qu'il faut chercher la pensée entière de l'orateur, et là nous verrons combien les sociétés de publicains jouissaient à Rome de crédit, de puissance, de considération, et comment ceux qui voulaient arriver à des emplois dans la république devaient avoir soin de les ménager. « Les heurter de front, dit-il à son frère (I, 1, XI), ce serait nous aliéner l'ordre à qui nous devons le plus », et dans une longue épître confidentielle à Lentulus, il finit ainsi : « ma lettre était terminée lorsque j'ai reçu la vôtre au sujet des publicains. Je ne saurais disconvenir que la justice soit de votre côté. Seulement pourquoi faut-il que votre bonheur ne vous ait pas fait trouver un moyen de ne point heurter dans ses intérêts ou ses sentiments un ordre à la splendeur duquel vous avez toujours concouru ! Je ne cesserai pas de défendre vos décrets, mais vous connaissez les hommes. Vous savez quels ennemis terribles Quintus Scevola trouva parmi les publicains. Tâchez donc, s'il vous est possible, de les ramener de façon ou d'autre, ou du moins d'adoucir leur mécontentement. Ce n'est pas chose facile, mais la prudence l'exige (*Ad famil.*, I, 9). » En 63 avant J.-C., la société fermière des impôts d'Asie demanda une réduction sur le prix du bail, et Cicéron avoue à son ami Atticus (I, 17) que cette fantaisie n'est pas soutenable — *invidiosa res, turpis postulatio,* — qu'il l'a défendue cependant et réussi à la colorer, parce qu'il y avait à craindre

que le sénat en n'accordant rien aux publicains ne se les mit tout à fait à dos : Caton s'opposa à leur demande et fit prévaloir son avis dans le sénat. Mais quelques années plus tard César, qui s'était rendu maître de la république avec leur concours, fit remise aux publicains du tiers des fermages, et alors, dit Appien, ils élevèrent César jusqu'au ciel (Suétone, *Cæs.*, XX. Appien, *De bell. civ.*, II, 13).

Assurés de toute sécurité dans les provinces où les gouverneurs, effrayés par l'exemple de Rutilius Rufus, condamné pour avoir osé défendre l'Asie contre leurs exactions (1), fermaient les yeux sur leurs rapines et souvent étaient de connivence avec les coupables ; assurés en outre de l'impunité à Rome, où ils étaient associés à l'administration de la justice, les publicains livraient les pays de leur perception à un véritable pillage, et Tite-Live pouvait écrire sans exagération ces paroles énergiques : « *Ubi publicanus esset, ibi aut publicum jus vanum aut libertatem sociis nullam esse* (XLV, 18). » Aussi étaient-ils haïs dans toutes les provinces, et Cicéron faisant l'éloge des Siciliens prenait soin de remarquer qu'ils étaient le seul peuple à qui les fermiers publics et les commerçants romains ne fussent pas odieux : « *odiosissima hæc sunt romanorum hominum nomina,* » ajoute Asconius sur ce texte (In Verr., II, 3). Les Juifs les excluaient de leurs assemblées de religion, comme ils en excluaient les païens, et les τελωναι ou commis des publicains, dont il est souvent question dans les Evangiles, sont mis au rang des assassins, des voleurs de grand chemin et des gens de vie infâme.

Toutefois il ne faut rien exagérer : « la masse du peuple, dit un auteur contemporain au sujet du fermage des impôts (2), attribue généralement une grande partie de la

(1) Val, Max., VI, 44. — Diodore XXXVII, 5.

(2) Mac-Culloch, *Taxation and the funding system*, p. 30.

dureté des taxes à la vigilance et à l'âpreté des fermiers. Nous pensons que ces soupçons et ces plaintes sont, dans plusieurs cas, dépourvus de légitime fondement. » Ces observations sont justes, même appliquées aux publicains de Rome, car nous voyons qu'on allait jusqu'à faire un crime aux employés du *portorium* de visiter les marchandises et les bagages.

D'ailleurs le préteur avait cherché à réprimer les exactions des fermiers publics par des moyens sévères (1). Dans un chapitre de l'édit dont la rédaction donnée par Justinien, au titre *De publicanis*, a été vivement critiquée par M. Max Cohn avec de sérieuses raisons à l'appui (2), le préteur accordait en cas d'excès, rapines ou tous actes illégaux commis par les publicains ou par leurs employés, l'action au double ou au simple, suivant que la poursuite était exercée pendant ou après l'année : la chose et la peine étaient comprises dans le double. Cette action était arbitraire, mais elle n'était pas noxale. En cas de violence, l'action était donnée au triple : elle était donc plus douce que l'action de droit commun *vi bonorum raptorum* ; pour expliquer cette anomalie, il est permis de croire que l'édit spécial aux publicains est antérieur à la création de l'action de droit commun. Ulpien dit formellement que la partie lésée peut, si elle le préfère, intenter cette dernière action. Elle peut aussi exercer les actions *furti* ou *damni injuria*, et ces actions sont plus rigoureuses que le droit commun, en ce sens que si le maître a refusé l'*exhibition*, s'il n'a pas *représenté* l'auteur du délit à la réquisition du plaignant, il perd la faculté de se soustraire à la réparation du dommage par la *noxæ datio*. Ulpien ajoute qu'il faut appliquer aux membres des

(1) Voir tout le titre *De publicanis et vectigalibus et commissis* (D., XXXIX, 4).

(2) *Op. cit.*, Anhang VIII, *Ueber das publikanen edict.*, p. 186 et suiv.

sociétés vectigaliennes, *licet domini non sint*, les mêmes règles qu'aux maîtres des esclaves.

Mais à l'époque où Ulpien commentait le texte de l'édit sur les publicains, ces sociétés, diminuées dans leurs opérations, n'avaient plus l'importance que nous avons dite, et la condition sociale des publicains s'était déjà abaissée sous le règne de Trajan, puisque les sociétés vectigaliennes, au dire de Pline, n'étaient alors « qu'un rendez-vous de vils esclaves, affranchis de la veille. » Cependant Tacite nous avait attesté que les chevaliers étaient encore fermiers des impôts sous Tibère (*Ann.* IV, 6), et on peut conclure d'un autre texte de cet historien que la composition des sociétés n'avait pas encore changé sous Néron (XIII, 50). Comment expliquer cette transformation et cette décadence rapides, ce silence presque subit autour des sociétés *vectigalium* dont on ne trouve plus aucune trace dans les auteurs après le règne de Trajan? Ce serait, d'après M. Belot, le savant auteur de l'*Histoire des chevaliers romains*, que « depuis le règne d'Adrien, le titre de chevalier n'appartient plus aux citoyens d'une certaine catégorie du cens, mais seulement aux membres d'une légion d'honneur, décorés par l'empereur de l'*equus publicus*. Il n'y avait aucune raison pour que ces décorés qui, pour la plupart, étaient des militaires appartenant à des légions et à des provinces très éloignées les unes des autres, formassent entre eux des associations financières. L'histoire des compagnies pour la levée des impôts, à partir du règne d'Adrien, n'appartient plus à l'histoire de l'ordre équestre (1). »

(1) T. II, page 384.

CHAPITRE II

ORGANISATION ET CONDITION JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS VECTIGALIENNES

Après avoir rappelé quelques notions sur le but et l'objet des sociétés vectigaliennes, il faut chercher maintenant à connaître leur organisation et le droit qui leur était appliqué. C'est l'objet principal de cette étude.

Section I. — LA SOCIÉTÉ VECTIGALIENNE. — SES ÉLÉMENTS. — GARANTIES EXIGÉES DES ADJUDICATAIRES.

Dans toute société de publicains on trouve trois éléments : le *manceps*, des *socii* et des cautions. Parfois les *socii* seront en même temps *mancipes;* ailleurs et souvent les cautions seront associées; mais les trois qualités ne se trouveront jamais réunies sur une seule tête, parce qu'il y a impossibilité absolue que la même personne soit à la fois *manceps* et caution. Enfin dans les sociétés parvenues à leur plus grand développement, nous verrons surgir une nouvelle catégorie de personnes, les *affines* ou *participes*, simples bailleurs de fonds, associés de capitaux, — on dira plus tard commanditaires, — étrangers à l'administration et à la gestion des affaires de la société, autant créanciers qu'associés.

Le *manceps* (*manuceps*, de *manu capere*) était celui qui se portait adjudicataire de la ferme : « *manceps dicitur qui quid a populo emit conducitve*, dit Festus, *quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse* (v° *prœs* et *manceps*). » Les *mancipes* étaient les plus importants des publicains,

principes publicanorum. Il n'était pas permis à toute personne de prendre la ferme des impôts, et des garanties étaient exigées des adjudicataires.

Souvent les censeurs écartaient arbitrairement des enchères certaines personnes déterminées ou des catégories de personnes, et Tite-Live rapporte qu'un tribun proposa d'annuler toutes les adjudications faites par deux censeurs, Claudius Pulcher et Sempronius Gracchus, parce qu'ils avaient exclu de l'adjudication tous ceux qui avaient pris part aux fermes sous une censure précédente (XLIII, 16). Souvent aussi l'interdiction résultait d'une sentence judiciaire (L. 9, § 9. D. 48, 19).

En dehors de ces exceptions individuelles, nous ne voyons guère sous la république que les magistrats chargés d'attributions financières, censeurs, questeurs, proconsuls, etc., à qui il soit défendu d'être *mancipes*.

Rien ne nous autorise à croire qu'il ne fût pas permis aux femmes de se porter adjudicataires : la ferme des impôts n'est pas un *munus publicum*, ni un *officium civile*, c'est une entreprise de commerce, et nous avons un texte de Paul, où il est question d'une femme débitrice envers le fisc, *ex conductione vectigalis* (L. 47, D. 49, 14). Il est vrai que les femmes ne pouvaient pas se livrer à la banque, mais cette interdiction tenait à l'incapacité de s'occuper des affaires d'autrui. On a objecté qu'il pourrait y avoir *intercessio pro alio* dans le cas spécial où, l'administration de la société vectigalienne ayant été divisée entre les associés, et l'un d'eux administrant mal, la femme demande qu'il soit écarté de la gestion (L. 9, § 4, D. XXXIX, 4) : mais il est évident que la femme agit ici plutôt dans son propre intérêt, parce que l'insolvabilité de l'associé retomberait sur elle au moins pour une part.

Les *filii familias* pouvaient également être *mancipes :*

autrement Julien ne dirait pas que la question s'est souvent posée de savoir s'il fallait appliquer le sénatus-consulte Macédonien au fils de famille *qui vectigalia conducta habebat* (L. 3. pr. et § 1, D. 14, 6); comme c'étaient d'habitude des *patres familias* qui affermaient les impôts, et que les tiers auraient pu être trompés, on décidait que le sénatus-consulte ne s'appliquait pas.

Anciennement les tuteurs et curateurs pouvaient être adjudicataires, soit en leur nom, soit au nom du pupille : « *accurrunt tutores*, dit Cicéron, *digitum tollit Junius* (In Verr. I, 54, 55). » Mais plus tard les mineurs de 25 ans, à cause du bénéfice de la *restitutio in integrum*, les tuteurs et curateurs, les reliquataires d'un précédent bail et autres débiteurs du fisc, parce que leurs biens n'offraient à l'État qu'une garantie insuffisante, furent exclus des enchères (L. 49, D. 19, 2; L. 45, § 14, D. 49, 14; L. 9, § 2 et 3, D. 39, 4).

La sanction de ces prohibitions consistait dans la nullité de l'adjudication, et en certains cas des peines étaient prononcées contre ceux qui avaient dissimulé leur qualité ou leur fonction (L. 49, D. 19, 2). Les incapables ne pouvaient donc être ni *mancipes* ni *socii conductionis ;* mais ils pouvaient avoir la qualité d'associés de gestion dont nous parlerons plus loin, ou être *affines*, c'est-à-dire bailleurs de fonds, puisque ces associés de gestion et les *affines* n'étaient pas responsables envers l'État. Cependant nous voyons dans Tite-Live la qualité d'*affinis* interdite par les censeurs à certaines personnes pleinement capables : ces prohibitions constituaient des actes arbitraires, et quelquefois les adjudications ainsi faites furent ensuite annulées, parce que les enchères n'avaient pas été libres.

Ces précautions ne suffisaient pas : l'État prenait de plus solides garanties contre les fermiers de ses revenus. Sur tous les biens du *manceps*, le fisc avait un privilège *inter personales*

actiones (L. 38, § 1, D., 42, 5); et la loi Julia *De vicesima hereditatum*, qui ne fut certainement à cet égard que la consécration législative de l'usage imposé au *manceps* d'engager tous ses biens, créa contre lui une hypothèque tacite pour sûreté du paiement du prix : « *bona eorum qui cum fisco contrahunt lege vicesimaria velut pignoris jure fisco obligantur, non solum ea quæ habent, sed ea quoque quæ postea habituri sunt* (1). »

Ce n'est pas tout encore : *qui redemerit prædes dato, prædiaque subsignato*, dit une inscription. Varron (*De ling. lat.* VI, 74) et Festus nous apprennent qu'on appelait proprement *præs* la caution qui s'engageait envers le peuple sur une interpellation faite par le magistrat, et on nommait *prædia* les biens engagés par ces cautions. Anciennement le *nexum* était sans doute le mode de s'obliger, sinon unique, au moins d'une application générale en matière de dettes d'argent, et le créancier acquérait ainsi les droits les plus rigoureux sur la personne et les biens du *nexus*. Mais lorsque la loi Petilia, en l'an de Rome 429 ou 440 eut défendu de s'engager à l'avenir en cette forme pour une obligation contractuelle, l'engagement personnel n'ayant plus alors pour conséquence l'obligation des biens, l'Etat exigea la caution *prædibus prædiisque*. D'une part, le *præs* s'oblige par une simple *adpromissio*; d'autre part, il doit constituer des sûretés réelles pour garantie de son engagement. Le magistrat chargé de l'adjudication était maître absolu d'accepter ou non les biens ainsi désignés, et il ne prononçait qu'après une expertise préalable faite par des gens compétents, responsables de l'exactitude de leurs évaluations (2). L'obligation des biens se faisait sans doute par simple convention, car la mancipation fiduciaire

(1) *Corpus juris antejustiniani*, de Bonn, Fr. 5, *De jure fisci*.

(2) *Table de Malaga*, cap. 64. *Novum Enchiridion*.

n'était pas possible dans un contrat avec l'État ; celui-ci aurait joué à la fois dans l'opération le rôle d'acquéreur et celui de témoin, puisque les *classici testes* représentaient le peuple dont l'intervention était nécessaire pour le transfert de propriété.

Quels avantages le *præs* va-t-il stipuler de l'adjudicataire, en compensation des risques auxquels il s'expose? Il n'y a pas à chercher bien loin : le *præs* est soumis aux chances de perte, si les affaires du *manceps* viennent à mal tourner ; il faut qu'il profite des chances de gain, si la société prospère. Il se fera donc associer par le *manceps* et sera *socius* ou *particeps ;* s'il n'est que *particeps*, il aura droit à une part dans les profits, sans avoir le droit d'intervenir dans la gestion ; s'il est *associé de gestion*, il sera responsable, non plus seulement envers l'Etat à titre de *præs*, mais envers la société. — Voilà pour les *prædes* et les garanties exigées des adjudicataires ; revenons aux *mancipes*, chefs et fondateurs des sociétés vectigaliennes.

Il y avait un ou plusieurs *mancipes*, et, dans les deux cas, ils pouvaient s'associer d'autres personnes pour la gestion. Ces associés de gestion pouvaient, disons-nous, être appelés, même lorsque plusieurs *mancipes* étaient déjà associés entre eux pour l'adjudication ; mais, pour plus de netteté, nous distinguerons deux hypothèses qui correspondent à peu près à deux phases des sociétés vectigaliennes. Dans la première hypothèse, nous supposerons un seul *manceps* et des individus appelés pour administrer, avec lesquels le *manceps* entre en société ; dans la seconde, nous verrons une société formée pour l'adjudication, société dans laquelle, en dehors des *mancipes,* nous ne supposerons pas des associés de gestion, et où ceux-ci ont été remplacés pour l'administration par des agents salariés ou des esclaves, et pour les capitaux par des bailleurs de fonds qui restent étrangers à la conduite des affaires.

Etudions séparément chacune de ces hypothèses.

Section II. — ASSOCIÉS DE GESTION. — SOCIÉTÉ PRIVÉE.

Le *manceps* est seul ; s'il restait isolé, ses capitaux ne seraient pas suffisants à mener à bien l'entreprise, et l'administration serait au-dessus de ses forces : il fait appel à la fortune et à l'industrie de quelques-uns, et forme avec eux une société. Le contrat d'association peut précéder ou suivre l'adjudication, peu importe ; le contrat qui s'est formé entre le *manceps* et l'Etat reste absolument distinct et indépendant du contrat de société entre le *manceps* et les associés de gestion. Ceux-ci ne sont pas responsables envers l'Etat ; leur responsabilité n'existe qu'à l'égard les uns des autres, et c'est la responsabilité de droit commun en matière de société. Le *manceps* est seul tenu du paiement du prix, seul obligé envers l'Etat : « *Qui idem præs dicitur*, dit Festus, *quia tam debet præstare quod promisit quam is qui pro eo præs factus* (v° *manceps*). » Asconius n'est pas moins formel : « *Hi omnes (mancipes) exigenda a sociis suo periculo exigunt et reipublicæ repræsentant*, *providentes etiam in illa redemptione commodis suis* (1). »

C'est donc le droit commun des sociétés qu'il faut appliquer sur tous les points aux associés de gestion, sauf une dérogation fort remarquable au principe de l'incessibilité des créances.

La cession des créances n'était pas admise en droit romain, et si l'on arrivait en pratique à peu près au même résultat au moyen de la *procuratio in rem suam*, il n'en est pas moins vrai qu'on n'admit jamais en théorie le principe de la cessibilité, et que de profondes différences séparaient même le mandat *in rem suam* de la cession proprement dite. C'est pourquoi l'associé qui avait un droit de créance contre un

(1) *In divinat*, c. X.

tiers restait seul créancier; il devait communiquer seulement aux autres associés l'émolument de sa créance : « *Ea vero quæ in nominibus erunt,* dit Paul, *manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent* (L. 3, pr., *D.*, *Pro. soc.*). » C'est à ce principe que le préteur dérogea au profit des associés de gestion des sociétés vectigaliennes. Un *manceps* a pris à bail une certaine étendue de l'*ager publicus :* le préteur lui donne un interdit pour protéger sa jouissance, parce que l'Etat est intéressé à faciliter au preneur le paiement de sa redevance (*vectigal*) : jusques-là, rien d'anormal. Mais le *manceps* s'associe, et le préteur accorde le même interdit, la même action au *socius :* ainsi, tandis que le principe était l'incessibilité des créances, tandis que les Romains avaient quelque peine à comprendre qu'un créancier pût céder son droit, le préteur admet une cession tacite, il présume la cession au profit des associés du *manceps.* « *Prætor ait : Quominus loco publico, quem is, cui locandi jus fuerit, fruendum alicui locavit : ei qui conduxit, sociove ejus, e lege locationis frui liceat vim fieri veto* (L. 1, D. 43, 9). » Aussi, commentant le texte de l'édit, Ulpien prend soin de nous dire que cette disposition a été admise *publicæ utilitatis causa*, pour des motifs d'intérêt général : *tuetur enim vectigalia publica.* Et comme nous sommes ici dans un droit exceptionnel, comme la cession est seulement présumée, on laisse au *manceps* la faculté de détruire cette présomption et d'enlever au *socius* le droit d'exercer l'action : pour cela, il suffit qu'il agisse lui-même, qu'il mette l'action en mouvement, car le jurisconsulte continue : « *Si simul veniant ad interdictum movendum ipse, qui conduxerit, et socius ejus, magis est ut ipse conductor præferatur.* »

Ainsi, le seul texte qui s'occupe des associés de gestion consacre à leur profit une dérogation importante au droit commun, et nous devons croire que cette exception remontait

à une haute antiquité : « *Conductori* VETERES *interdictum dederunt...* », dit Ulpien, dans un autre fragment (L. 13, § 7, D. 47, 10). Et il n'y a pas de doute qu'il ne s'agisse là des associés appelés simplement pour administrer, parce que nous allons voir tout à l'heure la même action, l'action directe, accordée au *præs socius*, qui ne peut être qu'associé de gestion, à qui sa qualité de *præs* interdit d'être *manceps socius*.

Cependant on a donné du texte de l'édit et du commentaire d'Ulpien une autre explication : un auteur allemand, Xenopolus, a enseigné récemment que l'action directe n'était pas accordée par le préteur à tout *socius*, et seulement au *præs socius*. Mais il est difficile de comprendre pourquoi on accorderait spécialement au *præs socius* une action qui n'appartiendrait ni au *socius* ni au *præs*. On a raisonné ainsi : le *præs* est tenu envers l'Etat du paiement du prix ; d'autre part, en sa qualité de *socius*, il participe à la gestion comme le *manceps :* le *præs socius* a donc tous les caractères du *manceps*, et dès lors il est juste qu'on lui en accorde les droits. A l'appui, on invoque un passage de la table de Malaga (c. 65) qui accorde l'action directe au *præs socius* du *prædiator*. Voici l'hypothèse : une obligation contractée envers l'Etat n'a point été acquittée à l'échéance ; l'Etat met en vente sa créance avec les garanties qui y sont attachées ; l'acquéreur de cette créance, le *prædiator*, doit, comme tout débiteur de l'Etat qui ne paie pas comptant, fournir caution *prædibus prædiisque :* les *prædes* se font associer, et la table de Malaga accorde aux *prædes socii* l'action directe, la même qu'au *prædiator :* « *Ut ii qui eos prædes cognitores ea prædia mercati erunt, prædes socii heredesque eorum iique, ad quos ea res pertinebit, de iis rebus agere easque res petere persequi recte possint* (1). » Il résulte de ce texte que le

(1) *Novum Enchiridion*, de Giraud, éd. de 1873, p. 636.

præs socius a l'action directe comme le *prædiator* pour poursuivre l'exécution forcée de l'obligation contractée par les débiteurs cédés. Mais si cette solution, contrairement à ce que dit Ulpien, n'a pas été admise *utilitatis publicæ causa*, si elle est la conséquence logique de l'assimilation qu'on veut faire du *præs socius* et du *manceps*, et non plus une disposition exceptionnelle et de faveur, alors il faut aller plus loin et reconnaître que le *præs socius* est cessionnaire des droits de l'Etat au même titre que le *prædiator ;* il faut poursuivre encore, car s'il a la qualité de cessionnaire, il ne peut pas être garant de lui-même ; il doit fournir des cautions, et ces cautions, à leur tour, si on les admet dans la société, devront en offrir d'autres. C'est ruiner le système par ses conséquences.

Ce n'est donc pas à raison de sa qualité de *præs* qu'on accorde au *socius* l'action directe ; le *præs socius* a l'action directe parce qu'il est *socius*, et cette disposition a été admise *publicæ utilitatis causa* pour simplifier la gestion. On est d'accord pour reconnaître que le *præs* non associé n'a pas l'action directe : c'est donc la qualité de *socius* qui la lui fait acquérir, car il serait étrange que le *præs socius* eût une action que n'auraient séparément ni le *socius* ni le *præs*. Et pour dire un dernier mot sur l'assimilation du *præs socius* et du *manceps*, elle ne peut pas être exacte ; car le *manceps* qui s'oblige envers l'Etat acquiert des droits en échange de son engagement, tandis que l'obligation du *præs* est, dans toute la force du terme, une obligation unilatérale. Sans doute, le *manceps* paiera à la caution son engagement en l'associant à l'administration ; mais en quoi cet arrangement intérieur peut-il faire acquérir à la caution les mêmes droits et actions que le *manceps* a acquis de l'Etat ? Vis-à-vis de l'Etat, le *præs* même associé n'est qu'un débiteur ; il n'aura jamais à ce titre les droits du *manceps*.

Telle est la seule dérogation au droit commun, au profit des associés de gestion et de notre première espèce de sociétés vectigaliennes, qui soit mentionnée dans les textes.

Section III — ASSOCIÉS POUR L'ADJUDICATION. — SOCIÉTÉ INVESTIE DE LA PERSONNALITÉ CIVILE.

Les sociétés dont nous venons de parler furent sans doute les premières, dans l'ordre des années, qui se fondèrent pour exploiter la ferme des impôts. Ce qu'il fallait surtout, en effet, dans les premiers temps, alors que les revenus de l'Etat n'étaient pas multiples, mais étaient de ceux, comme les *portoria*, où la fraude peut s'exercer le plus facilement, alors aussi que l'étendue des territoires affermés à une société n'était pas une immense province, ce que devait rechercher le *manceps* était d'assurer à son entreprise une bonne administration, et il y arrivait en associant à la gestion des auxiliaires intelligents et actifs. Mais plus tard, et au moins deux siècles avant l'ère chrétienne, lorsque Rome eût conquis des provinces et que de nouveaux impôts eurent été créés, ni l'activité, ni les capitaux d'une seule personne n'auraient pu suffire à se charger d'une adjudication, et nous lisons, comme le plus grand éloge du défunt, dans une inscription rapportée par Orelli, ce simple témoignage : « *feci secure solus semper fiscalia manceps* (1). » On vit naître alors des sociétés de riches chevaliers, non plus seulement associés de gestion, mais groupés, réunis pour l'adjudication elle-même ; ce sont les sociétés *vectigaliennes* dont parlent les textes, celles où la solidarité existe entre les membres, celles qui peuvent obtenir la personnalité juridique et qui ne se dissolvent point par les événements

(1) N° 3351, t. II.

qui mettent ordinairement fin au contrat de société. Désormais les *mancipes* associés n'appelleront pas d'autres associés pour administrer : tout doit tendre au contraire, dans une entreprise aussi vaste que celle de la ferme des impôts dans toute une province, à centraliser les pouvoirs le plus possible, de manière à n'être pas à chaque instant arrêté par le caprice d'un associé. Les associés de gestion ont fait place à des associés de capitaux, qui ne prennent aucune part à l'administration, qui pour la société n'ont presque d'autre valeur que leur argent, et qui participent aux gains dans la proportion du capital qu'ils ont mis dans l'entreprise.

C'est le droit exceptionnnel applicable à ces sociétés qu'il faut chercher à dégager. Les textes nous offrent quelques questions importantes à étudier :

Les *socii vectigalium* sont-ils solidairement responsables?

Quels étaient le caractère et les droits des associés de capitaux?

La qualité de personnes morales a-t-elle appartenu aux sociétés vectigaliennes, et comment étaient-elles alors organisées et administrées?

Quelles sont les causes de dissolution de la société personne morale?

§ I. — **Obligatio in solidum** *des* **Socii.**

Les *socii vectigalium*, considérés comme débiteurs du prix d'adjudication, et plus généralement comme obligés par les opérations de la société, étaient-ils simplement des débiteurs conjoints, ou chacun pouvait-il être actionné pour le tout en paiement des dettes sociales?

Nous trouvons, dans une constitution au Code, que chacun des associés n'est tenu du paiement du prix que pour sa part, si le bail a été fait divisément et *in singulis pro par-*

tibus; si, au contraire, le bail a été fait *in solidum*, chacun peut être poursuivi pour le tout (L. 13, C. 4, 65). Mais ceci ne fait que reculer la question, car il s'agit de savoir si les associés d'adjudication ont voulu s'obliger *in solidum.* Il faut dire tout d'abord que les textes ne nous fournissent aucun renseignement précis, et il faut, en outre, laisser de côté le cas où tous les associés ne se sont pas présentés aux enchères et ont été représentés par un *manceps* unique qui les a fait connaître après l'adjudication. Dans cette hypothèse, ils sont tous tenus *in solidum :* « *Si plures exerceant*, dit Ulpien, *unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri* (L. 4, § 1, D. 14, 1.). » La question est celle-ci : lorsque plusieurs *mancipes* ont purement et simplement affermé le même impôt, sont-ils tenus *in solidum?*

L'obligation *in solidum* peut se produire en dehors de toute convention, et il suffit de citer l'exemple de plusieurs banquiers associés, de plusieurs tuteurs obligés envers le même pupille, de plusieurs magistrats municipaux chargés d'administrer les finances d'une cité, etc.

Nous trouvons d'autre part au titre *De publicanis* (XXXIX, 4) un texte de Paul, qui a exercé la sagacité des interprètes, et qui ne peut être convenablement expliqué si, au moins dans l'hypothèse qu'il prévoit, les *socii vectigalium* ne sont pas obligés *in solidum.* Le § 4 de la loi 9 est en effet ainsi conçu : « *Socii vectigalium, si separatim partes administrent, alter ab altero minus idoneo in se portionem transferre jure desiderat.* » L'administration a été divisée *per partes aut regiones* entre les associés ; l'un d'eux administre mal ou devient insolvable : si les *socii* n'étaient que débiteurs conjoints, c'est-à-dire tenus seulement chacun pour une part, les autres associés n'auraient pas intérêt à demander que l'incapable soit écarté de la gestion.

Il est vrai qu'on a voulu trouver, ailleurs que dans la solidarité, l'intérêt de la solution donnée par le jurisconsulte Paul : les *socii vectigalium*, d'après l'opinion de Matthœus (lib. II, cap. 6), joueraient les uns à l'égard des autres, le rôle de *fidejussores indemnitatis ;* il y aurait entre eux comme une *fidejussio alterna,* en vertu de laquelle les associés solvables auraient à leur charge les conséquences de l'insolvabilité de leur coassocié. Mais si réellement tel était l'intérêt de la question, on ne voit pas pourquoi le texte aurait prévu particulièrement le cas où la gestion de la société est faite *pro diviso*, *separatim*, puisqu'il est évident que l'intérêt des associés serait le même, de quelque manière que soit administrée la société. Puis est-on bien en droit d'affirmer l'existence d'une *fidejussio alterna* entre les *socii vectigalium*, s'ils sont débiteurs conjoints ? Il est vrai qu'en matière d'obligations nées *ex delicto*, ces même *socii* ne sont responsables que *pro virili portione*, et cependant *pro non idoneo*, *qui sunt idonei conveniuntur* (L. 46, § 9, D., 49, 14). Mais peut-on conclure de la matière des délits à celle des obligations contractuelles : les raisons de décider ne sont pas les mêmes dans les deux cas, et, pour n'en donner qu'un exemple, les *exercitores navis,* quoique obligés *in solidum* par les contrats du *magister*, ne sont responsables de ses délits que *pro parte qua navem exercent* (L. 7, § 5, D., 4, 9 ; — L. 1, § 25, D., 14, 1).

Ainsi, pour donner du texte de Paul une explication satisfaisante, il faut supposer que les *socii vectigalium* sont responsables *in solidum* : alors si l'un d'eux administre mal ou devient insolvable, car ces deux choses se tiennent, on voit immédiatement l'intérêt des autres à demander la mise en non-activité de l'associé incapable. Celui-ci ne sera pas nécessairement, par le fait

même, expulsé de la société, car, s'il a des fonds engagés dans l'entreprise, il continuera à faire partie de l'association, mais seulement en qualité de bailleur de fonds, de *particeps*, d'associé commanditaire. Ce qu'on lui retire, c'est le droit d'administrer, parce qu'il est incapable et qu'il pourrait entraîner les autres associés dans sa ruine. Il ne faut pas aller plus loin que le jurisconsulte Paul, et voir dans notre hypothèse ce qu'on a appelé *une expropriation de part sociale pour cause d'insolvabilité*, ce que Pothier exprimait ainsi : « *Nec solum fiscus conductorem qui non solvit, ante biennium a conductione expellere potest, verum etiam : Socii vectigalium, si separatim partes...* » C'est donner trop de portée à un texte où il ne s'agit que d'une question d'administration.

Il faut remarquer en terminant que la société dont il est question dans le fragment de Paul n'était pas revêtue de la personnalité juridique : car si elle eût constitué une personne morale, l'administration n'eût pas été divisée entre les associés ; et de plus les pouvoirs du *magister* et de l'assemblée générale auraient suffi à éloigner de l'administration un associé incapable, tandis qu'il semble résulter du texte que la déchéance du droit d'administrer doit être prononcée à suite d'un procès sur l'incapacité « *transferre jure*, » dit le texte. Or cette décision s'explique fort bien si la société ne forme pas une personne morale, puisqu'il s'agit de priver un associé d'un droit inhérent à cette qualité, le droit de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, qui appartient nécessairement à chacun des membres de la société, à moins qu'il ne lui ait été retiré par le contrat lui-même.

Après avoir expliqué ce texte, il ne reste plus qu'à chercher le motif de la solution. Pourquoi les *mancipes* associés étaient-ils tenus *in solidum* dans le cas où l'adminis-

tration avait été divisée entre eux *per partes aut regiones*? Ce serait, d'après Voët, dans son commentaire sur le titre *Pro socio* (n° 13), que chaque associé, pour la part qu'il administrait, aurait joué à l'égard des autres le rôle de *magister*, et dès lors obligé ses coassociés *in solidum*. Il ne paraît pas que telle ait été la doctrine romaine : les commentateurs du Moyen-Age et de notre ancien droit étendirent, bien au-delà de la pensée des jurisconsultes romains, le champ d'application des actions *exercitoria* et *institoria* : Ulpien, parlant du cas où il y a plusieurs *exercitores*, disait au contraire d'une manière générale : « *Neque invicem sui magistri videntur* (L. 4. pr. D., 14, 1). »

On ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi les associés seraient plus mal traités lorsque ils gèrent *pro diviso seu separatim*, que lorsque la gestion est faite en commun, *pro indiviso*. Nous pensons que les *socii vectigalium*, de quelque manière que fût administrée la société, étaient toujours tenus *in solidum*, et si Paul a prévu tout spécialement l'hypothèse où l'administration est faite *pro diviso, separatim*, en vertu d'arrangements intérieurs, c'est que dans ce cas on aurait pu douter si la responsabilité de chacun était limitée à la part qu'il était chargé de gérer. Et pour citer un exemple, ne trouvons-nous pas en matière de tutelle des textes où il est dit aussi que les tuteurs sont réputés gérer pour le tout et tenus *in solidum*, alors même qu'ils se sont partagé la gestion : « *sin vero inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire* (L. 2, in fin., C., 5, 52). » Dans l'un et l'autre cas, on a voulu préciser que les arrangements intérieurs faits entre tuteurs ou *socii vectigalium* ne peuvent pas être opposés au pupille ou aux créanciers et ne déchargent les associés ou les tuteurs d'aucune part de responsabilité.

Ainsi l'obligation *in solidum* entre associés d'une ferme

est une grave dérogation au droit commun, qui constitue une garantie très sûre pour l'Etat. S'il est obligé à la fin du bail de mettre en vente sa créance, l'Etat obtiendra du *prædiator* un prix d'autant plus élevé que le lien de droit, le *vinculum juris,* sera plus fortement attaché et le débiteur plus rigoureusement tenu. Cette décision avait donc été introduite *propter utilitatem publicam*, et elle s'expliquait par la situation où se trouvaient les sociétés *vectigaliennes*, par la liaison intime qu'elles avaient avec le pouvoir.

Est-ce à dire que la simple poursuite dirigée contre l'un des associés libérât les autres, et que les *mancipes* fussent *correi*? Il nous semble que s'il en eût été ainsi, le but de l'exception eût été dépassé : sans vouloir nous prononcer sur le point de savoir si la corréalité pouvait jamais résulter d'un contrat de bonne foi (et le bail avait ce caractère), il est au moins certain que la corréalité ne devait être présumée que dans les contrats de droit strict ; de plus, dans toutes les hypothèses où l'obligation *in solidum* se rencontre entre plusieurs débiteurs tenus d'une action qui n'est pas née d'une convention, par exemple dans les sociétés de marchands d'esclaves, où elle existait en vertu d'une disposition arbitraire de l'édit des édiles, il ne paraît pas douteux que la poursuite exercée contre l'un des débiteurs n'emportât pas libération des autres : « *ex duobus tutoribus*, dit Julien, *si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur.* »

§ II. — *Caractère et droits des Associés de capitaux.*

La société *vectigalium,* telle que nous l'étudions en ce moment, comprenait des *mancipes,* des cautions et des associés simples bailleurs de fonds, que les textes appellent *participes* ou *affines :* « *Aliud enim socius aliud particeps,*

dit Asconius, *nam particeps qui certam partem habet, et non indivise agit ut socius.* »

Nous trouvons dans un texte de Tite-Live la preuve de l'existence de ces associés commanditaires ; l'historien rapporte une clause de la *lex censoria*, promulguée par les censeurs Claudius Pulcher et Sempronius Gracchus, et par laquelle ils excluaient de l'adjudication tous ceux qui avaient pris part aux fermes sous une censure précédente : « *Ne quis eorum, qui Q. Fulvio, A. Posthumio censoribus publica vectigalia aut ultro tributa conduxissent, ad hastam suam accederet, socius aut affinis conductionis esset* (XLIII, 16.) » Ainsi la prohibition n'était pas seulement de paraître aux enchères ou d'être *socius*, elle s'étendait aussi à la qualité de simple bailleur de fonds, *affinis conductionis*. Atticus, l'ami de Cicéron, fut certainement l'un de ces chevaliers qui traitaient avec les *socii* et leur fournissaient des capitaux. D'après le témoignage de Cornélius Népos, son biographe, Atticus « *nunquam ad hastam publicam accessit, nullius rei neque præs neque manceps factus fuit* (*In Attico*, c. 6). » Et cependant nous savons, par sa correspondance avec Cicéron, qu'Atticus avait des parts dans quelque société vectigalienne : il se montre, par exemple, préoccupé de ce que les Sicyoniens refusaient de payer l'impôt sous prétexte qu'un sénatus-consulte en exemptait les peuples libres et qu'ils étaient du nombre ; il entretient souvent Cicéron de ses plaintes, et celui-ci lui répond : « Vous m'avez déjà parlé de votre affaire : nous n'y pouvons rien quant à présent... Si, d'ailleurs, vos belles paroles avaient su tirer quelque argent des Sicyoniens, ne manquez pas de me le dire. (*Ad Attic.*, I, 19 et 20 ; II, 1). »

Les *affines*, simples bailleurs de fonds, étaient-ils en réalité de véritables associés, ou ne faut-il leur reconnaître que la qualité de créanciers ayant stipulé une part dans les béné-

tices ? Il nous paraît que ces capitalistes n'étaient pas des prêteurs ordinaires, mais bien des associés d'une nature toute particulière. Ils n'étaient pas de simples créanciers : parce qu'ils ne pouvaient ni réclamer leur mise pendant la durée de la société, ni concourir plus tard, pour en effectuer la reprise, avec les créanciers sociaux ; de plus, parce qu'il résulte d'un texte de Cicéron que les *affines* avaient voix délibérative dans les assemblées générales extraordinaires. Une société, ayant affermé en Sicile les droits de douane et de pacage, Lucius Carpinatius, *promagister* de la ferme des pâturages, avait quelquefois écrit à Rome pour dénoncer les injustices de Verrès, et, de son côté, Canuléius, chargé de la perception des droits de douane au port de Syracuse, avait aussi dénoncé au *magister* et signalé une infinité de vols et de fraudes du préteur. Mais bientôt Carpinatius se lia avec Verrès et s'efforça, par de nouvelles lettres aux *socii*, de détruire, s'il le pouvait, le souvenir de sa première correspondance. Verrès voulut aller plus loin et pria un de ses amis, qui était alors *magister* de cette société, de bien examiner toutes les lettres écrites par Carpinatius et Canuléius et de prendre garde qu'il n'y eût rien qui pût nuire à sa réputation et le mettre en danger. Il s'agissait donc de supprimer des lettres, de raturer ou lacérer les registres de la société ; mais il ne fallait pas que cette suppression fût connue d'un trop grand nombre de personnes et pût elle-même causer un préjudice au préteur : le *magister*, au lieu de réunir une assemblée générale, convoqua seulement les *decumani*, c'est-à-dire les principaux associés, et là, *multitudine sociorum remota*, on arrêta que les lettres seraient supprimées. Cicéron remarque que le *magister* avait volontairement écarté la foule des associés, qu'il n'avait réuni que les plus importants, ceux qui composaient sans doute le conseil d'administration ordinaire : c'est donc qu'en certains cas, on tenait

des assemblées générales où étaient convoqués tous les associés, c'est-à-dire les *affines* eux-mêmes, car Cicéron n'eût pas parlé d'une foule, *multitudo sociorum*, s'il se fût agi seulement des *mancipes* et des *socii conductionis* (1).

Le texte de Tite-Live que nous avons cité est aussi une preuve que les associés de capitaux avaient le droit d'intervenir pour certaines affaires aux assemblées générales, car il prononce contre toute une catégorie de personnes l'exclusion non-seulement de se porter adjudicataires ou d'être *socii conductionis*, mais encore *affines;* or si les *affines* n'avaient pas eu la qualité d'associés, s'ils avaient été uniquement des créanciers, sans aucune action sur la société, l'exclusion portée par les censeurs serait absurde, car il n'est pas possible, même au plus haut degré de l'arbitraire, de défendre à certaines personnes, pleinement capables d'ailleurs, de créer entre elles un lien d'obligation.

Mais il faut reconnaître que les *affines* sont des associés d'une nature bien particulière, à ce point de vue surtout, le seul que nous voulions développer, que leurs parts d'intérêt étaient non-seulement transmissibles aux héritiers, mais cessibles aux tiers au moyen de la *procuratio in rem suam*. Il est vrai que dans les sociétés de personnes, la faculté de se substituer un tiers est rigoureusement interdite aux associés et ne peut même être réservée par les statuts. Mais tout le monde est d'accord pour reconnaître que les *affines* ne sont pas des associés choisis *intuitu personæ.* Il n'est donc pas dans la question d'alléguer ici que le contrat de société se forme en considération des qualités personnelles et des aptitudes spéciales des associés : la personne du bailleur de fonds est indifférente ; on n'a considéré, pour lui donner la qualité d'*affinis*, que ses capitaux, la somme par lui promise

(1) *In Verr.*, II, 70, 71.

et l'apport à effectuer ; qu'importe à la société que le titulaire de la créance soit changé, pourvu que le capital prêté reste dans le fonds social !

A cette théorie, M. Worms, dans une étude sur les sociétés par actions, a objecté que le bailleur de fonds s'est engagé à fournir aux *mancipes* une certaine somme, qu'il s'est donc obligé personnellement envers eux : si l'une des parties venait à changer, dit-il, la relation personnelle qui constitue l'obligation ne serait plus la même, le droit serait altéré. Mais une pareille objection n'est pas sérieuse, car la question discutée est celle de savoir si la créance des bailleurs de fonds est cessible : or cette créance n'a pu naître que de la réalisation de l'apport, c'est-à-dire de l'accomplissement même de l'obligation de verser un capital : dès ce moment, l'*affinis* n'est plus tenu d'aucune obligation, et, de même que dans le *mutuum*, la tradition translative de propriété engendre un rapport juridique unilatéral au profit du *tradens*, de même la réalisation de l'apport fait naître au profit du capitaliste, sans aucun engagement réciproque et sans aucune obligation éventuelle, un droit de créance, le droit aux intérêts proportionnels et au remboursement, s'il y a lieu, du capital versé. Ainsi le bailleur de fonds peut, sous ce rapport, être assimilé à un prêteur qui s'est chargé des risques, et pour lequel la participation aux bénéfices est tout à la fois un produit du capital et le dédommagement du risque couru. D'autre part, il ne faut pas oublier qu'en droit romain, si les créances sont essentiellement inaliénables, la *procuratio in rem suam* fut cependant un véritable procédé de cession, qui remplit, avec des effets moins absolus, un rôle semblable à celui de la tradition. Dès lors, il est difficile de comprendre pourquoi un créancier ordinaire peut autoriser un *procurator* à exercer l'action née du contrat et lui en abandonner les résultats, tandis qu'on

refuserait au bailleur de fonds ce même droit, c'est-à-dire la faculté d'autoriser un tiers à poursuivre et à recevoir le paiement de sa part dans les bénéfices, et, le cas échéant, le remboursement du capital lui-même.

Cette solution, à laquelle nous avons abouti par un simple exposé des principes et l'étude du caractère de la qualité *d'affinis*, nous la retrouvons dans des textes qui restent inexplicables s'ils ne signifient pas que les parts d'intérêt dans les sociétés vectigaliennes peuvent être cédées et transportées à un tiers par un mode quelconque de cession. Cicéron, par exemple, dans son discours pour Rabirius Posthumus, après avoir dit que ce chevalier avait mis des fonds considérables dans les sociétés de publicains, ajoute que Rabirius détachait des parts de sa créance pour les céder à des amis moins opulents : « *magnas partes habuit publicorum*; *credidit populis; in pluribus provinciis ejus versata res est...*, *nec interea locupletare amicos unquam suos destitit*, *mittere in negotium*, *dare partes.....* » Il résulte de ce texte que les gros associés facilitaient à leurs amis les moyens de s'enrichir, soit en les faisant participer aux bénéfices de la société par la cession de *parts*, soit en les employant dans d'autres affaires dont les publicains s'occupaient souvent en dehors du recouvrement des impôts, telles que des entreprises de commerce ou des prêts d'argent aux provinciaux, dans lesquels ces amis complaisants et peu scrupuleux jouaient sans doute le rôle d'intermédiaires et d'usuriers. Cicéron distingue très bien ces deux choses, en parlant de Rabirius ; quand il dit : « *magnas partes habuit publicorum*, » cela regarde évidemment les sociétés de publicains ; mais quand il ajoute : « *credidit populis.....*, » ceci concerne les affaires particulières que Rabirius faisait pour son compte par l'intermédiaire d'amis intéressés.

On a nié cependant que le mot *partes* dût s'entendre de

la participation aux sociétés de publicains : Burmann semble croire qu'il s'agit là uniquement d'emplois dans la société, peut-être avec part dans les bénéfices, dont auraient disposé les gros associés (1) : mais il reconnait lui-même que cette explication ne peut pas rendre compte d'un autre texte de Cicéron, dans le discours contre Vatinius, où il est parlé de *partes* cotées très haut, et très chères à un certain moment; l'orateur s'adresse à Vatinius : « *eripuerisne partes illo tempore carissimas, partim a Cæsare, partim a publicanis* (2). » Burmann est obligé d'avouer que ce texte est très difficile à expliquer, « *obscurissimus*....., *neque ipse possum aliquid liquidi in illis verbis perspicere.* » Peut-être, dit-il, les emplois dans les sociétés vectigaliennes étaient devenus des charges vénales : « *quod vero carissimas vocet has partes, nescio an forte venales*....., » mais il ose à peine émettre cette hypothèse. Combien facile devient au contraire l'explication du texte, si on veut admettre que le mot *partes* désigne les parts d'intérêt attribuées aux bailleurs de fonds, transmissibles et cessibles, cotées très haut ou plus bas suivant le degré de prospérité de la société, subissant, plus qu'une autre marchandise, la secousse des évènements, et variant de prix, comme le dit Orelli sur ce texte, « *pro ratione belli, pacis, fertilitatis, sterilitatis provinciæ.* »

Les parts d'intérêt étaient donc cessibles, et leurs titulaires n'étaient pas engagés au-delà de la somme promise, même par les obligations contractées valablement par le gérant : c'est par là qu'on peut comparer la commandite actuelle aux sociétés vectigaliennes. Mais il ne faudrait pas croire qu'on pût retrouver dans les *partes publicorum* tous les caractères de l'action moderne : notamment elles n'étaient pas émises par

(1) Cap. IX, *De publicanis et exactoribus vectigalium.*

(2) *In Vatin.*, 29.

voie de souscription, et sans doute elles étaient créées par la société quand le besoin de capitaux devenait plus grand, et cédées ensuite par les associés à leurs amis ou à des capitalistes. Elles n'étaient pas toutes d'une valeur égale : tandis, par exemple, que Rabirius avait des parts considérables — *magnas partes*, — Aufidius possédait seulement, dit Valère Maxime (1), *exiguam admodum particulam Asiatici publici.* Enfin ces parts restaient toujours nominatives, car les Romains, qui ne reconnurent jamais la cessibilité des créances et qui eurent seulement des procédés de cession, tels que la *procuratio in rem suam* ou la délégation, auraient bien moins compris encore la forme au porteur et l'existence de titres de créance sans désignation de créancier.

§ III. — *De la personnalité civile.*

La question de savoir si les sociétés vectigaliennes étaient investies de la personnalité civile est peut-être la plus importante de tout notre sujet. Pour la bien étudier, nous sommes amenés à rechercher quel était, sur ce point, le droit commun en matière de sociétés. Mais il importe de constater avant tout que l'intervention de l'État était nécessaire pour créer une personne morale, et les jurisconsultes nous apprennent que l'État n'accordait l'autorisation qu'avec difficulté. « Il n'est pas permis à tout le monde indistinctement, dit Gaius, de former un *corpus*, qu'il s'agisse de créer une *societas* ou un *collegium*. Cette faculté est limitée par des lois, par des sénatus-consultes, par des constitutions impériales ; elle n'est accordée qu'en certains cas assez rares (L. 1, D., III, 4). »

Les commentateurs les plus autorisés du droit romain sont d'accord pour admettre que les sociétés ordinaires,

(1) VI, 9, 7°.

societates privatæ, ne formaient pas à Rome des personnes morales. Il ressort en effet de tous les textes que ces sociétés n'avaient pas un patrimoine distinct de celui des associés. Ulpien déclare nettement que l'associé ne cesse pas d'être propriétaire de son apport, c'est-à-dire que, mettant son apport en commun, il en conserve la propriété pour une part indivise (L. 13, § 1, D., XIX, 5); Gaius et Paul enseignent également qu'un associé ne peut vendre au-delà de sa part dans les biens sociaux, mais qu'il peut vendre cette part. Or ce droit est la négation formelle du droit de propriété de la société, en tant qu'être moral (L. 68, D., XVII, 2; L. 16, D., XII, 1).

Cependant MM. Troplong et Duvergier, combattant l'opinion commune, ont soutenu qu'en droit romain toute société était investie de la personnalité juridique. M. Duvergier admet *a priori* que l'action *pro socio* a pour objet le partage des biens de la société, et, se demandant pourquoi elle n'est pas une action mixte, il n'en peut trouver qu'une raison, à savoir que la propriété des choses formant l'actif social appartient à l'être fictif, à la personne morale. Car, si l'associé qui demande le partage n'est pas co-propriétaire du patrimoine social, si l'action *pro socio* ne tend à faire sanctionner à son profit qu'un droit de créance et non pas un droit de copropriété indivise, comme les actions divisoires ordinaires, on comprend que cette action ne soit pas une action mixte; mais cela ne peut résulter que de la personnalité reconnue à la société. L'argument serait vrai si l'action *pro socio* avait réellement pour objet le partage des biens; mais il n'en est pas ainsi : l'action en partage, soit d'une société, soit d'une communauté quelconque, est, dans tous les cas, l'action *communi dividundo*. L'action *pro socio* n'a d'autre objet que l'accomplissement des obligations réciproques des associés (L. 2, pr. D., 10, 3).

M. Troplong a invoqué en faveur de son opinion deux fragments : l'un où il est dit que la *bonorum possessio* peut être demandée au nom d'un municipe, d'une société, d'une corporation (L. 3, § 4, D., 37, 1), l'autre qui contient cette formule : *hereditas personæ vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas* (L. 22, D., 46, 1). On nous oppose ces textes, parce que les sociétés y sont assimilées aux municipes et aux autres *corpora*. Ces textes prouvent en effet qu'il existait à Rome certaines sociétés investies de la personnalité juridique ; mais vouloir en conclure que cette qualité était le droit commun des sociétés, c'est résoudre la question par la question (1).

Une autre objection a été tirée d'un fragment de Paul (L. 65, § 14, D. 17, 2), sur lequel on a raisonné ainsi : la caisse commune de la société est par hypothèse entre les mains d'un des associés ; un autre associé éprouve un dommage qui lui donne droit à une réparation de la part de la société. « S'il est vrai, dit M. Troplong, qu'il faille considérer les associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à chacun de ses coassociés individuellement pour se faire indemniser par eux, suivant leur part et portion. » Paul décide cependant que l'action doit être intentée pour le tout contre le détenteur de l'actif social : en d'autres termes, que la société est personnifiée dans la caisse commune.

La réponse est facile, si on fait exactement l'hypothèse, en ne séparant pas le passage cité de ce qui le précède dans le texte de Paul. Un associé, à titre de mandataire ou par une simple circonstance de fait, est détenteur de la caisse commune : la société est dissoute, il faut procéder à sa liquidation. Chaque associé a le droit de prélever avant

(1) Cujas, dans sa leçon sur le titre *De bon. poss.*, ad l. 3, § *A munucipibus*.

le partage ce dont il est créancier en raison des dépenses qu'il a faites ou des pertes subies *propter societatem*. Dès lors on comprend que pour opérer ce prélèvement sur la caisse en liquidation, l'associé créancier s'adresse là où il sait être l'actif social. Paul n'indique qu'un moyen d'éviter des recours, il fait connaître la voie la plus simple, la plus naturelle pour un cas fréquent de la liquidation : mais aucun mot du texte ne permet de dire que la société, avant sa dissolution, constituât une personne morale.

Ces principes posés, nous devons maintenant rechercher s'il existait quelque différence à cet égard entre les sociétés ordinaires, *societates privatæ,* et les sociétés vectigaliennes. Le fragment de Gaius que nous avons déjà cité et auquel il faudra bientôt revenir, paraissait à tous si formel qu'on était généralement d'accord pour reconnaître aux sociétés de publicains la personnalité juridique. D'ailleurs les nécessités de l'administration de ces sociétés et l'importance des intérêts engagés par l'État dans ces entreprises semblaient amplement justifier la concession de ce privilège. Mais récemment M. Max Cohn, professeur à l'université de Zurich, a entrepris de démontrer que la personnalité juridique n'a jamais appartenu aux sociétés *vectigalium*, et que le texte de Gaius, sur lequel on se basait à tort, interpolé au Digeste, se rapportait en réalité à toute autre chose qu'à ces sociétés. Cette thèse est inadmissible.

Le fragment de Gaius est ainsi conçu : « *Neque societatem* (1), *neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur...: paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere... Item Romæ*

(1) C'est la leçon d'Haloander, Pothier, Savigny, etc., — Les *Florentines* portent *societas*.

collegia certa sunt, quorum corpus confirmatum est : veluti pistorum et quorumdam aliorum et naviculariorum. »

Nous ferons d'abord une observation qui semble avoir échappé à M. Cohn et qui suffit à détruire son système : c'est qu'il n'est pas question dans ce texte de l'autorisation exigée pour la formation de certaines associations. On ne comprendrait pas — et M. Cohn a parfaitement raison à cet égard — ce qui pourrait motiver l'exigence d'une autorisation pour la fondation des sociétés commerciales, et, en effet, il n'est pas fait mention de ces sociétés au titre *De collegiis,* où se trouve rapportée l'interdiction de former librement des *collegia* ou *corpora.* Dans le fragment précité, Gaius répond à la question suivante : Quelles sociétés, libres ou autorisées, peuvent recevoir ou reçoivent habituellement de l'État la qualité de personnes morales? Il ne dit pas que le droit de former un *corpus* soit lié accessoirement à l'autorisation de fonder certaines sociétés : il indique simplement, laissant de côté toute question d'autorisation, à quelles sociétés la personnalité juridique est le plus souvent attribuée, *quibus permissum est corpus habere*, et par qui est conférée cette qualité.

Au nombre des associations qui peuvent obtenir cette prérogative, Gaius indique la société *vectigalium publicorum.* Mais d'après M. Cohn, le fragment de Gaius a été interpolé : le mot *societas* aurait été ajouté par les compilateurs du Digeste. D'autre part les mots *sociis vectigalium publicorum permissum est corpus habere* ne désigneraient pas les membres des sociétés de publicains. L'expression *socii vectigalium,* dans le texte de Gaius, doit s'entendre, dit M. Cohn, de tous les individus employés dans ces sociétés, associés ou non, publicains ou agents salariés, formant entre eux une corporation, un *collegium*, de même nature que la corporation des boulangers ou des nautonniers dont parle aussi Gaius.

Le premier argument présenté par M. Cohn est tiré de la traduction de notre fragment dans les *Basiliques*. Dans cette traduction le mot *societas* est rendu par le mot grec εταιρεια (1) qui est l'expression rigoureusement correspondante au latin *sodalicium*, et désigne par conséquent les corporations ou sociétés de secours mutuels, mais jamais une société de commerce. L'équivalent grec du latin *societas* est le mot κοινωνια, et il n'y en a point d'autre. D'où il faut conclure, dit M. Cohn, que les rédacteurs des *Basiliques* avaient en leur possession le texte original de Gaius, et que dans le fragment inséré au Digeste le mot *societas* a été deux fois substitué à *sodalicium*, pour éviter sans doute une contradiction avec la loi 1, au titre *De collegiis et corporibus*, dans laquelle les *collegia sodalicia* sont absolument prohibés, tandis qu'ils pouvaient se former au temps de Gaius avec l'autorisation du gouvernement.

Nous avons déjà signalé la confusion commise entre la nécessité de l'autorisation exigée pour la formation des *collegia sodalicia* et l'intervention de l'État pour accorder la personnalité juridique à certaines associations. Quant à l'argument de texte pris de la rédaction des *Basiliques*, il suffit d'indiquer trois autres fragments, la loi 3, § 4, *De bonorum possessionibus* (XXXVII, 1), la loi 22, *De fidejussoribus* (XLVI, 1), et la loi 31, § 1, *De furtis* (XLVII. 2), où il est fait mention de *societates* assimilées aux municipes et à d'autres *universitates*, investies par conséquent de la personnalité juridique. M. Cohn, qui ne veut reconnaître à aucune société proprement dite le caractère de personne morale, est obligé d'admettre que ces textes ont été aussi altérés par Tribonien ; que, dans ceux-là comme dans l'autre, le mot *societas* a été substitué à *sodalitas*. Les traducteurs

(1) *Basiliques*, VIII, 2, Edit. *Heimbach*, t. I, p. 419.

grecs auraient dû par conséquent employer ici encore le mot εταιρεια, mais il paraît qu'ils n'ont pas soupçonné dans ces textes l'interpolation, car ils ont constamment traduit *societas* par κοινωνια, qui signifie société de gains (1). Ceci suffit à prouver qu'il n'y a aucun argument à tirer de l'emploi de telle ou telle expression par les rédacteurs des *Basiliques*.

A l'appui de sa thèse, M. Max Cohn cite des inscriptions pour démontrer qu'il existait à Rome des associations de publicains de la même nature que celles des autres corps de métiers (2). Dans ces inscriptions, les associations de publicains — il s'agit des fermiers de salines et de mines d'or — prennent le nom de *collegia*, et on ne qualifiait ainsi, paraît-il, que les sociétés de secours mutuels : ces associations ne sont donc autre chose que les corporations des individus employés dans les sociétés fermières.

C'est, ce nous semble, s'attacher encore d'une manière trop exacte à la rigueur des termes de quelques inscriptions. Nous pourrions par exemple en citer une rapportée par Orelli (n° 7,214) sous la rubrique : *Collegia, corpora, sodalicia : Scholæ artificum et opificum*, — dans laquelle le mot *societas* est employé comme synonyme de *schola*, bien qu'évidemment il ne s'agisse pas dans l'espèce d'une société ayant un but pécuniaire, mais d'un *collegium*. Nous pourrions donc répondre avec M. de Savigny que les mots *collegium* et *corpus* sont « deux noms génériques qui s'appliquent indifféremment à toutes les corporations. » Mais en admettant même l'existence de cette société de secours mutuels entre les publicains et les commis de la ferme,

(1) *Basiliques*, XL, 1; Edit. *Heimbach*, t. IV, p. 51; — *ibid.*, XXVI, 1, t. V, p. 97; — *ibid.*, t. V, p. 477.

(2) Ackner et Müller, *Die r. Inschriften in Dacien*, n°s 658, 235, 523, 607; — *Orelli*, I, n° 1504; III, n° 6654,

est-il possible de croire que le texte de Gaius « *vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere* » s'applique à ce *collegium!* Et alors qu'on n'admettait pas tout à l'heure que le mot *societas* pût être pris dans le sens de *collegium* ou *sodalicium*, on veut ici entendre par *socii* les membres de ces *sodalicia* ou *collegia* !

On a cherché à expliquer l'expression *socii* par l'habitude qu'on avait à Rome de voir la ferme des impôts entreprise par des sociétés : les *collegia publicanorum* auraient compris à la fois les agents non associés et les membres de la société. Or un grand nombre d'agents étant sans doute intéressés aux bénéfices, cela servirait à comprendre que Gaius ait appelé *socii* tous ceux *qui societati operas dabant.* Mais cette explication n'est pas satisfaisante : dans les sociétés vectigaliennes le nombre des agents salariés, à appointements fixes, collecteurs de l'impôt, scribes, messagers, etc. était certainement plus considérable que celui des associés, et il y aurait lieu de s'étonner que Gaius, si précis d'ordinaire dans son langage, ait prêté à l'équivoque, en nommant *socii* des individus qui n'étaient pas membres de la société. Puis on peut se demander pourquoi Gaius distingue bien nettement des *collegia* les associations de publicains, et s'il a sans motif scindé son texte en deux parties distinctes : l'une où il parle spécialement de ces associations, l'autre où il reprend : « *Item Romæ collegia certa sunt...* » Il est vrai que M. Cohn, se basant sur cette circonstance que le texte discuté est un fragment du commentaire *Ad edictum provinciale*, prétend expliquer autrement cette distinction. D'après le savant professeur de Zurich, Gaius citerait d'abord les associations particulières aux provinces, et indiquerait en second lieu celles qu'on rencontre à la fois à Rome et dans les provinces. Mais rien ne justifie cette conjecture. Gaius parle d'une manière générale de la concession du

corpus aux associations, il dit à titre d'exemple que ce privilège peut être accordé aux *socii vectigalium*: et, sans rien de plus, uniquement parce que ce texte est tiré d'un traité sur l'Edit provincial, il faudrait en conclure que les *collegia publicanorum* n'existaient pas à Rome, qu'ils étaient particuliers aux provinces! Cependant toutes les sociétés vectigaliennes avaient à Rome leur siège social, le plus grand nombre des associés y résidait, elles y occupaient de nombreux employés, et ces employés ou associés n'auraient pas formé à Rome un *collegium*, tandis qu'il en était autrement en Sicile ou ailleurs! Tout ceci montre que la théorie de M. Cohn est une hypothèse, et jusqu'à preuve contraire, nous persistons à penser que le fragment de Gaius doit être lu et entendu tel qu'il est écrit.

Est-ce à dire que toutes les sociétés vectigaliennes eurent le caractère de personnes morales? Il serait exagéré de le prétendre. Les premières sociétés, nées, comme nous l'avons dit, des nécessités de l'administration, n'avaient pas besoin de capitaux considérables et purent sans inconvénient se passer du *corpus*. Mais il est certain qu'au temps de Cicéron les grandes sociétés qui affermaient les impôts de toute une province étaient des personnes morales. M. Cohn affirme que cela n'est dit nulle part; faut-il s'en étonner? La condition juridique des sociétés vectigaliennes était alors connue de tous et il était inutile d'en parler. Mais leur organisation compliquée, les rouages multiples de l'administration combinés avec l'unité de direction, cette centralisation énergique entre les mains du *magister*, et tout ce que nous rapportent de la puissance de ces sociétés Cicéron et ses contemporains, pourrait-il se comprendre sans la personnalité juridique! Est-il vraisemblable d'ailleurs que les sociétés vectigaliennes n'aient pas été investies de cette qualité au temps où elles étaient le plus florissantes, tandis qu'elles l'avaient

à leur déclin, à l'époque de Gaius. Il n'est pas douteux en effet que la fiction qui crée des personnes morales fût admise aux derniers siècles de la république et que les droits dérivant de la personnalité fussent dès lors reconnus à certains dieux, à certains temples et à certaines sociétés (Cic. *Div. in Cecil.*, 17; Varron, *De ling lat.*, VIII, c. 41).

En vain objecterait-on que l'idée de la personnalité juridique n'a pris naissance que plus tard dans le monde romain, et qu'avant l'époque des jurisconsultes classiques, le droit n'était point encore assez abstrait, assez philosophique pour reconnaître, surtout à des associations de particuliers, la qualité de personnes morales. Nous accorderons volontiers que la conception de la personnalité juridique n'a pas dû exister tout d'abord dans le vieux droit romain. Mais il est certain que dès les temps les plus anciens, on reconnut à des êtres de création légale, comme le *populus romanus* et les cités, et en dehors peut-être de la fiction de la personnalité, la plénitude des droits, notamment la capacité de se faire représenter en justice même sous le système des actions de la loi. Après avoir rappelé que, par exception à la règle *Nemo nomine alieno agere potest*, on pouvait plaider *pro populo* (Gaius IV, § 82), M. Accarias ajoute : « L'hypothèse est celle d'un procès qui intéresse le peuple, personne... incapable d'agir par elle-même. Ce motif ne permet guère de douter que l'on dérogeât aussi au droit commun en ce qui concerne les cités et autres personnes morales (1). » Que les Romains aient admis ces résultats sans avoir la notion exacte de la personnalité juridique, ceci nous importe fort peu ; mais, pour parler de la chose, il fallait lui donner un nom et nous avons employé une expression qui d'un mot fait tout comprendre.

(1) *Précis de dr. romain*, t. II, 1re édit., n° 930; Cpr. Cassagnade, p. 8.

Nous n'avons pas à développer les conséquences qu'entraîne la personnalité civile accordée aux sociétés vectigaliennes. « Ce qu'il est surtout essentiel de bien saisir, dirons-nous avec M. Accarias, car en celà précisément consiste leur personnalité, c'est que les droits actifs et passifs de l'*universitas* ne se confondent pas avec ceux des individus qui la composent (1). » Ainsi les associés ne sont pas ici, comme dans les sociétés ordinaires, chacun individuellement copropriétaire d'une part indivise dans les biens sociaux : « *posito universitatis in rebus quibusdam dominio,* dit Haubold, *singulorum in iisdem jus semper est ejusmodi quod circa rem alienam exercetur* (2). »

Des textes en grand nombre nous font connaître les dérogations successives au droit commun qui furent admises en faveur des municipes, des cités, des colonies, etc. Gaius semble nous autoriser à chercher dans les règles applicables à ces *universitates* le droit qui régissait les sociétés vectigaliennes, car il nous dit deux fois que ces sociétés agissent *ad exemplum reipublicæ....., tanquam in republica* (L. 1, § 1, D., III, 4). Mais il ne faut pas oublier que les personnes morales sont des créations de la loi, à qui l'autorité peut mesurer à son gré la capacité, et il serait inexact de faire de toutes les décisions particulières dérogatoires au droit commun, des dispositions générales applicables à toutes les associations ayant un *corpus.*

Les sociétés de publicains ayant des esclaves, jouissaient des droits de patronat, et notamment du droit de succéder *ab intestat* à leurs affranchis ; c'est sans doute dans cette hypothèse que le préteur leur accordait la *bonorum possessio,* ainsi qu'il est rapporté par Ulpien (L. 3, § 4, D., XXXVII, 1).

(1) *Op. cit.* t. I, 2e édit. n° 188.

(2) *De finibus inter jus singulorum et universitatis,* c. IV, § 1, Leipzig, 1829.

Nous n'insisterons pas davantage sur les conséquences de la personnalité civile; ce serait nous laisser entraîner trop loin hors de notre sujet. Nous allons étudier d'ailleurs d'une manière spéciale, dans les deux paragraphes suivants, les effets directs que produit cette qualité sur l'organisation intérieure et les modes de dissolution des sociétés vectigaliennes.

§ IV. — *Organisation intérieure et administration.*

Dans les sociétés ordinaires, le système de l'administration repose uniquement sur les droits de l'associé : chacun d'eux a naturellement le pouvoir et l'obligation de gérer les affaires communes, et son droit n'est limité que par le droit des autres : « *in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse* (L. 28, D., x, 3). » Mais les sociétés vectigaliennes étaient composées d'un trop grand nombre de personnes pour qu'il fût permis à chaque associé de s'immiscer dans la gestion. Il y aurait eu là une source de difficultés perpétuelles, et l'administration serait devenue impossible si on n'avait pas dérogé à la règle du droit commun : « *in re pari potior est causa prohibentis.* »

Le contrat lui-même devait le plus souvent fixer les conditions de l'engagement des *socii vectigalium* et le mode de gestion le plus conforme à leurs intérêts. Mais l'unité de direction résulta surtout pour les sociétés vectigaliennes de la qualité de personnes morales, ayant des droits et des obligations distincts de ceux des associés. « *Quibus permissum est corpus habere*, dit Gaius, *collegii*, *societatis*, *sive cujusquam alterius eorum nomine*, *proprium est*, *ad exemplum reipublicæ habere*... *actorem sive syndicum per quem*, *tanquam in republica*, *quod communiter agi fierique oporteat*, *agatur*, *fiat* (L. 1, § 1, D., III, 4). » La société, être de raison, a donc un représentant revêtu du caractère de mandataire général,

un administrateur suprême chargé de veiller à ses intérêts, entre les mains duquel sont réunis tous les pouvoirs, et qui porte ordinairement le nom de *magister*. Cet administrateur général est assisté d'un conseil, composé sans doute des associés les plus riches, *principes et quasi senatores publicanorum*; en certains cas il doit convoquer l'assemblée générale de tous les associés, où sont appelés les *affines* eux-mêmes, comme nous l'a montré un texte de Cicéron que nous avons déjà expliqué (In Verr., II, 71). Dans les assemblées générales la majorité des voix suffit pour toute espèce de décisions : « *refertur da universos*, dit Ulpien, *quod publice fit per majorem partem* (L. 160, § 1, D, 50, 17). » Les conseils des cités et le corps des décurions ne pouvaient valablement délibérer que si les deux tiers des membres étaient présents (L. 3, D, 3, 4 ; L. 2, D, 50, 9) ; nous ne trouvons aucune disposition analogue concernant les sociétés vectigaliennes : ce point devait être réglé par les statuts. On a remarqué avec raison que le régime intérieur de ces sociétés était, peut-être plus que dans notre droit, laissé au libre arbitre des contractants.

Il est question dans Cicéron (*In Verr.*, III, 71) de plusieurs *magistri* administrateurs de la société fermière de la *Scriptura* en Sicile ; mais il est impossible de savoir s'ils avaient exercé ensemble ces fonctions ou s'ils s'étaient succédés dans cette charge. Lorsque les pouvoirs étaient conférés au *magister* par l'acte de société, son mandat était irrévocable (Arg. L. 59, pr. D., 17, 2). Il paraît plus probable que le *magister* était ordinairement élu, à époques fixes, par les associés pour une durée que nous ignorons (Arg. Cic. *in Verr.*, II, 74); l'acte de société devait encore régler ce point.

Le *magister* pouvait être choisi en dehors de la société, mais en général cette magistrature suprême — « *ipsi magistratus per derivationem a magistris cognominantur* » dit Paul

(L. 57, pr., D. 50, 16), — était aux mains des *mancipes*, c'est-à-dire des plus considérables parmi les associés : c'est pourquoi les *magistri* sont appelés par Cicéron les premiers de l'ordre équestre, *viri primarii, homines honestissimi atque ornatissimi, primi homines*, etc. (*In Verr.*, II, 74 ; III, 71). Cependant, ils ne doivent pas être confondus avec les *mancipes*, ainsi qu'il résulte d'un texte où le père de Plancius est qualifié *maximarum societatum auctor, plurimarum magister* : *l'auctor emptionis*, c'est le *manceps* lui-même (Cic. Pro Plancio, XXII, 13).

Le *magister* résidait à Rome : de là il présidait à l'administration intérieure et extérieure de la société (*In Verr.*, II, 70). Sigonius, dans le traité *De antiquo jure civium romanorum* (lib. II, c. 14) a résumé en quelques mots les attributions du *magister* : « *ex his autem socius unus fuit, qui magister societati dictus est, qui Romæ societati ita præerat ut socios, quasi senatum, cogendi et ad eos de societatis negotiis referendi potestatem haberet, curamque omnem gereret tabularum et rationum, quæ undique ab iis qui publicanorum societati operas dabant, Romæ mittebantur.* » Le *magister* pouvait engager la société par ses pactes : « *item magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat.* » dit Ulpien (L. 14, D. 2, 14). Haloander a proposé de lire *magistro* dans ce texte ; mais cette leçon rendrait le sens presque inintelligible. Il résulte d'ailleurs du rapprochement de ce fragment avec celui qui précède et celui qui suit, que toute correction serait une erreur. Le jurisconsulte Paul a parlé du pacte fait par le *procurator in rem suam* et reconnu que ce pacte est opposable au mandant ; le texte d'Ulpien continue : *item magistri societatum...*, et Paul reprend ensuite : *tutoris quoque pactum pupillo prodest.* Il n'y a donc pas d'équivoque possible : les pactes conclus par le *magister* peuvent être opposés à la société.

Cicéron fait en plusieurs endroits mention de certains de ces pactes, qui avaient pour but de prévenir les difficultés relatives à l'impôt et les contestations avec les contribuables. Dans une lettre où il recommande à son frère Quintus (I, I, 12) l'adresse et la prudence dans ses rapports avec les publicains et avec ses administrés, il s'exprime en ces termes : « *Possunt in pactionibus faciendis non legem spectare censoriam, sed potius commoditatem conficiendi negotii et liberationem molestiæ.* » Ailleurs, dans une lettre à son ami Atticus (v, 14), Cicéron lui annonce que les pactes avec les publicains ont été conclus avant son arrivée en Asie, et il s'en félicite autant que de la tranquillité des Parthes et de la soumission de soldats révoltés.

Les préteurs et les proconsuls avaient coutume d'insérer dans l'édit une clause pour sanctionner ces pactes : « *se pacta quæ nec vi nec dolo facta erant, inter publicanos et provinciales, servaturos ;* » Cicéron, dans le discours *De provinciis consularibus*, reproche à Verrès de ne pas avoir respecté des pactes conclus sans aucune injustice. Ces pactes réglaient le mode, le lieu, le jour du paiement. On vit quelquefois des publicains, avec la complicité des magistrats, user de contrainte pour forcer les débiteurs à consentir des arrangements peu favorables, comme ce Matrinius, citoyen de Léontines, qu'Apronius retint prisonnier et qu'il relâcha seulement après lui avoir fait signer un pacte dont il dictait les conditions (*In Verr.*, III, 14, 24).

Le *magister*, investi d'un mandat général, agissait, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'autres personnes, *actores* ou *promagistri*. Quelle était, dans tous les cas, sa responsabilité à l'égard de la société? La plupart des auteurs enseignent que le mandat conféré au *magister* est régi par des règles différentes suivant que celui-ci appartient ou non à la société. Lorsqu'un associé a été constitué mandataire général,

sa responsabilité doit être appréciée, dit-on, suivant les règles de la théorie des fautes en matière de société ; au contraire, si le mandat a été donné par la société à un tiers, il s'établit entre elle et le *magister* les rapports ordinaires de mandant à mandataire. Il ne nous paraît pas que cette distinction soit exacte : il ne faut pas oublier que, dans l'hypothèse, la société constitue une personne morale, ayant des droits et un patrimoine distincts de ceux des associés. Ce ne sont donc pas des affaires communes, des biens indivis, que gère le *magister :* ce sont les affaires, le patrimoine de l'être abstrait, de la société investie de la personnalité juridique ; « *Si universitas ad agendum det actorem*, dit Ulpien, *non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi : hic enim pro universitate intervenit, non pro singulis* (L. 2, D., III, 4.). » Ainsi, le *magister* même associé n'est pas un administrateur soumis aux règles ordinaires de la société ; considéré dans ses rapports avec la société, c'est un mandataire ordinaire, qui sera poursuivi par l'action de mandat. Par conséquent, il ne pourra pas invoquer le droit de n'être condamné que dans la mesure de ses moyens ; l'associé poursuivi par l'action *pro socio* est seul admis à opposer le bénéfice de compétence. Cicéron nous apprend que, pour mettre leur responsabilité à couvert, les *magistri societatum* avaient coutume, lorsqu'ils cessaient leurs fonctions, de garder par devers eux copie des lettres se rapportant à leur administration (*In Verr.*, II, 74).

La société était représentée dans la province dont elle avait affermé les impôts par des mandataires du *magister*, désignés par les textes sous le nom de *promagistri :* chacun d'eux avait, soit une mission spéciale, soit une région particulière dans laquelle il présidait à l'administration et au recouvrement de l'impôt. L. Carpinatius, ce publicain dont nous avons vu déjà les agissements en Sicile, était *promagis-*

ter de la ferme des pâturages publics (*In Verr.*, II, 70). Zachée, dont parle l'Evangile, devait remplir ces fonctions à Jéricho : saint Luc l'appelle « αρχιτελωνης, *princeps publicanorum et ipse dives* (XIX, 2). » Les *promagistri* étaient donc des agents considérables, riches, investis de pouvoirs étendus, intéressés dans la société, mais subordonnés au pouvoir central, tenus de rendre des comptes fréquents au *magister* et recevant ses ordres. De là des rapports continuels, des messagers spéciaux, de nombreux courriers entre Rome et les villes de la province affermée. « J'ai croisé en route les messagers des publicains, écrivait Cicéron à son ami Atticus, j'ai fait halte aussitôt pour vous tracer ce peu de mots sur le bord du chemin; » et dans la lettre précédente, il lui recommandait d'user souvent de cette facilité : « *Tu autem sæpe dare tabellariis publicanorum poteris* (*Ad Attic.*, V, 15 et 16). »

Au-dessous des *promagistri* et sous leur direction était la foule des agents subalternes, hommes libres ou esclaves (*In Verr.*, II, 77), qui, dans les ports et dans chaque ville, percevaient les droits d'entrée, l'impôt sur les pâturages, etc. Ces commis, en rapport plus immédiat avec les populations, étaient surtout l'objet de cette haine dont étaient chargés les publicains en général ; et dans le Nouveau-Testament, le mot τελωνης, si souvent répété comme une expression de mépris, ne s'applique pas aux publicains eux-mêmes, mais à leurs employés. Un texte de Valère-Maxime (VI, 9, § 8) nous montre qu'il ne faut pas confondre ces agents avec les publicains; parlant de Rupilius, Valère-Maxime nous dit que la misère l'avait d'abord réduit à se mettre aux gages des sociétés vectigaliennes : « *Rupilius non publicanum in Sicilia egit, sed operas publicanis dedit : idem ultimam inopiam suam auctorato sociis officio sustentavit.* » Le même Rupilius fut plus tard proconsul en Sicile : « *Quem diurnas*

capturas exigentem anidmadverterant, eumdem jura dantem... viderunt. » On n'est pas d'accord sur la signification des mots *diurnas capturas exigere :* plusieurs auteurs veulent qu'ils se rapportent à la perception quotidienne de l'impôt, des droits de douane, par exemple ; les autres pensent avec raison que les *diurnæ capturæ* sont les appointements fixes, le salaire journalier, que recevaient les agents de la société comme de simples mercenaires (1). Un texte de Javolenus nous apprend — et ceci n'a rien de surprenant — que les employés des publicains n'étaient pas réputés absents pour un service public et, par conséquent, n'avaient pas droit à la *restitutio in integrum*, si leur patrimoine avait subi quelque diminution pendant leur absence (L. 34, § 1, D. IV, 6).

§ V. — *Causes de dissolution de la Société personne morale.*

Les sociétés vectigaliennes investies de la personnalité juridique présentent, jusque dans la manière dont elles prennent fin, de curieuses anomalies. Nous avons déjà dit que, pour d'aussi vastes entreprises et avec leur besoin de grands capitaux, ces sociétés ne pouvaient se former que pour une longue durée, et il importait à l'Etat lui-même qu'elles ne fussent pas exposées à une dissolution imminente. Elles n'étaient pas dissoutes, ceci est certain, par la mort d'un associé, et par conséquent, ni la *capitis deminutio*, ni la renonciation, ni l'indigence, ni la confiscation totale des biens d'un associé ne devaient être des causes de dissolution. Bien plus, les sociétés vectigaliennes ne devaient prendre fin ni par le terme du bail ni par l'impossibilité de recouvrer les impôts affermés. Leurs opérations n'étaient pas restreintes, en effet, à la perception de l'impôt, et nous voyons

(1) Burmann, c. 9.

dans Tite-Live ces sociétés se charger de l'entreprise de certains services publics (xxiii, 48-49).

Quelques auteurs ont pensé que le décret par lequel la qualité de personne morale serait retirée à la société avait pour effet de la dissoudre. Mais ils font une confusion : l'existence de la société est indépendante de cette qualité; le retrait de la personnalité produira seulement cet effet que la société sera désormais soumise à toutes les causes de dissolution du droit commun.

Deux fragments du Digeste sur l'hypothèse de la mort d'un associé dans les sociétés vectigaliennes ont soulevé une grande controverse. « *Adeo morte solvitur societas*, dit Pomponius, *ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati. Hæc ita in privatis societatibus ait. In societate vectigalium nihilominus manet societas, et post mortem alicujus, sed ita demum si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat : quod ipsum ex causa æstimandum est : quid enim si is mortuus sit propter cujus operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit* (L. 59, pr. D., 17, 2). » Ainsi la société vectigalienne, contrairement au droit commun, subsiste en principe après la mort d'un associé, surtout — *sed ita demum* — si l'héritier de l'associé défunt a été *adscriptus* : l'*adscriptio* vient montrer avec évidence la volonté des associés que leur société ne soit pas dissoute à tout évènement, mais cette volonté est d'ailleurs présumée en l'absence de toute manifestation contraire.

Quelle est la situation de l'héritier de l'associé défunt, lorsqu'il n'est pas lui-même associé? Après avoir dit que, dans la société ordinaire, l'héritier de l'associé défunt participe aux bénéfices réalisés et aux pertes subies lors de la mort de son auteur ou qui sont une suite nécessaire d'opérations commencées de son vivant, Ulpien ajoute : « *Et circa societates*

vectigalium ceterorumque idem observamus ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus. Verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea; quod non similiter in voluntaria societate observatur (L. 63, § 8. D. 17, 2). » Donc deuxième dérogation au droit commun au profit des *socii vectigalium :* leurs héritiers, quoique non associés, participent aux profits et aux pertes faits après la mort de leur auteur; ils succèdent, d'autre part, à tous les engagements de ce dernier et sont, comme lui, responsables envers l'Etat. Remarquons qu'il s'agit ici d'un droit exclusivement pécuniaire et que l'héritier aura, sans doute, une position à peu près semblable à celle des associés de capitaux, des commanditaires.

Enfin le texte précité de Pomponius nous révèle une autre anomalie de la société vectigalienne, à savoir qu'il peut être convenu *in coeunda societate*, par un pacte joint au contrat, que l'héritier de l'associé défunt le remplacera et sera *socius* absolument comme lui-même. Pomponius a posé d'abord les deux règles du droit commun : dissolution d'un associé par la mort d'un associé; nullité de la convention formée *ab initio* que la société continuera avec ses héritiers. Le jurisconsulte énonce ensuite une double exception, une dérogation à chacune de ces règles au profit de la société vectigalienne.

Sur tous ces points, Cujas a enseigné d'autres solutions, et selon ce grand jurisconsulte (Observat. x, 25), la différence entre les sociétés privées et les sociétés *vectigalium* serait bien moins considérable. D'une part, la société vectigalienne elle-même ne subsisterait pas de plein droit entre les associés survivants; d'autre part, l'*adsumptio* de l'héritier et la convention qui lui confère les droits et la qualité d'associé ne pourraient intervenir qu'après la mort de son auteur, mais

cette convention — et c'est ici la différence avec les sociétés ordinaires — aurait pour effet de faire considérer la société comme n'ayant pas été dissoute par la mort de l'associé : « *Non exigo novo consensu coiri societatem*, dit Cujas, *alioquin nihil societas distaret a privata, sed solam heredis adsumptionem aio inter eos continuare societatem.* »

Ce système supprime en réalité toute différence entre la société vectigalienne et les sociétés privées. L'*adsumptio* de l'héritier suffit, dit-on, pour assurer la continuation de la société *vectigalis* après la mort d'un associé, sans que les associés survivants aient besoin de consentir à nouveau, comme dans les sociétés ordinaires. Mais les *socii vectigalium* ne consentent-ils pas à nouveau dans ce système, puisque l'héritier est *communi ceterorum concilio adscitus*, et que les autres associés réunis pour l'*adscitio* de l'héritier, s'ils ne voulaient pas rester en société, n'avaient qu'à le repousser pour que la société fût dissoute. Ainsi la seule différence entre les deux espèces de sociétés serait que, dans un cas, on aurait exigé le consentement exprès, tandis que dans l'autre on se contenterait d'un consentement tacite.

Cujas n'a pas voulu admettre le premier système et la validité de l'*adscriptio* en vertu d'un pacte joint au contrat, parce que, dit-il, *incertæ personæ electio nulla est.* Mais n'y a-t-il pas confusion? Les dispositions testamentaires en faveur d'une personne incertaine sont en effet nulles, mais la convention qui crée la transmissibilité de la qualité d'associé n'est pas une disposition testamentaire, c'est une des clauses du contrat de société. Il est vrai que la société étant ordinairement fondée sur la confiance réciproque que chaque partie a dans la fidélité et dans les qualités des autres parties, il paraît contre sa nature qu'elle soit contractée avec une personne incertaine. Mais les sociétés vectigaliennes ne sont pas absolument des sociétés de personnes : ce sont des

associations de capitaux. Les membres de la société n'agissent guère eux-mêmes, ils fournissent des fonds et l'affaire est gérée par des *magistri* ou directeurs. Les personnes ne sont en cause qu'accessoirement, et on comprend qu'ici l'*intuitus personæ* ne puisse pas produire toutes ses conséquences.

Enfin si l'*adscriptio in coeunda societate* n'est pas valable, comment se fait-il que les associés survivants se trouvent en certains cas obligés à recevoir aux lieu et place de l'associé décédé l'héritier qu'il aura désigné, « *ut heredi conferri oporteat,* » dit Pomponius. Il est vrai que le texte ajoute aussitôt *quod ipsum ex causa æstimandum est,* ce qui semble indiquer que l'*adsumptio* n'est pas obligatoire et par conséquent que l'*adscriptio* n'a pas été faite *in coeunda societate.* Mais la contradiction n'est qu'apparente : dans quel cas les associés survivants ont-ils le droit d'appréciation ? C'est, dit Pomponius, lorsque l'associé défunt était un administrateur de la société : alors, en effet, la considération de la personne est importante, l'*intuitus personæ* doit produire ses conséquences. Ne pourrait-on pas ajouter que le texte ne laisse pas, d'ailleurs, le pouvoir d'appréciation aux associés survivants, que ce sera au juge à examiner si le pacte doit être maintenu.

Reste à concilier le texte d'Ulpien avec le fragment de Pomponius : ce dernier paraît considérer comme suffisante l'*adscriptio heredis*, tandis qu'Ulpien semble exiger que l'héritier ait été lui-même agréé par les associés survivants. On a proposé une distinction : l'héritier qui a été *adscitus* devient, dit-on, associé dans toute la force du terme ; il prend la place de son auteur dans la société. L'héritier simplement *adscriptus* serait seulement dans la situation d'un *affinis*, d'un simple bailleur de fonds. Cette distinction est contraire au texte d'Ulpien qui, après avoir dit que l'héritier de l'associé n'est pas lui-même associé

nisi fuerit adscitus, ajoute d'une manière générale que l'héritier du *socius vectigalium* participe, dans tous les cas, à titre de bailleur de fonds, aux bénéfices et aux pertes jusqu'à la fin de la société, sans que rien permette de supposer que cette faveur fût réservée à ceux à qui la part du défunt avait été *adscripta*. Il nous semble qu'Ulpien n'a pas songé à l'hypothèse de l'*adscriptio* : il a pris les parties au moment où la société vient de perdre un de ses membres, l'héritier n'était pas *adscriptus* et le jurisconsulte décide avec raison qu'il ne pourra recevoir que par l'*adscitio* la qualité d'associé. A l'inverse, Pomponius se place au moment où les parties contractent la société et il reconnaît la validité de la clause d'*adscriptio* dans le contrat. Les deux jurisconsultes n'examinaient donc pas le même point de vue, on pourrait dire qu'ils ne prévoyaient pas la même question ; dès lors il n'est pas étonnant qu'ils aient donné des décisions en apparence contradictoires, mais parfaitement justifiées l'une et l'autre.

RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

Jetons maintenant un regard en arrière, et, pour terminer, essayons de formuler, en peu de mots, quelques conclusions. Il faut tout d'abord constater à regret qu'au point de vue des détails et à l'égard de certaines questions de droit, nous n'avons pas abouti à des solutions bien assurées. Ceci s'explique facilement par cette considération que les sociétés vectigaliennes avaient à peu près disparu ou tout au moins perdu leur importance à l'époque des jurisconsultes classiques.

Mais envisagée à un point de vue plus général, l'étude des sociétés vectigaliennes est un élément de la plus haute importance pour l'histoire de la vie commerciale à Rome pendant la République. Nous avons constaté plusieurs fois, au cours de ce travail, la puissance des publicains et leur très grande influence dans les affaires de l'État, qui peut bien souvent servir à expliquer les ressorts de la politique romaine : « les sociétés de trafiquants..., dit M. Vigié, ne furent pas étrangères à la destruction de Carthage; elles vont pousser les Romains à une lutte avec les cités commerçantes de la Grèce et mettre après leur destruction tout le commerce méditerranéen dans les mains romaines (1). »

(1) Vigié, p. 18; Cpr. Memmsen, *Histoire romaine.*

D'autre part, si la puissance de l'association, comme l'a dit un illustre économiste, est une de ces vérités que les peuples ne comprennent que lorsqu'ils sont déjà fort avant dans la carrière de la civilisation (1), le régime des sociétés de publicains, tel que nous l'avons décrit, est une preuve certaine que les Romains, si instruits et si expérimentés dans l'art de la guerre, furent aussi de très bonne heure des maîtres sans rivaux dans les arts de la paix. Ce qu'il y a de curieux en effet dans les sociétés vectigaliennes et plus généralement dans les sociétés de publicains, c'est qu'elles nous montrent l'association dans son type le plus abstrait et dans ses plus larges développements, l'association des capitaux, non-seulement connue dès le temps des guerres puniques, mais pratiquée et usitée à cette époque pour toutes les grandes entreprises, comme une vieille institution dès longtemps passée dans les mœurs.

Nous n'avons pas de documents assez précis pour comparer ces sociétés avec nos sociétés par actions et, d'ailleurs, nous trouverions sans doute bien peu de ressemblances dans les points de détail. Mais considérées d'ensemble, les sociétés de publicains paraissent avoir de grandes analogies avec notre commandite, parce qu'elles procèdent du même principe qui est la juxtaposition de l'élément-capital et de l'élément personnel. On pourrait les comparer peut-être assez justement à des sociétés en commandite autorisées : car, pour acquérir la personnalité civile, il fallait qu'elles l'obtinssent du Gouvernement, et c'est probablement le motif pour lequel le régime intérieur des sociétés de capitaux était à Rome plus que dans notre droit moderne laissé au libre arbitre des contractants. En tout cas, ces grandes sociétés fermières avaient un cercle d'opérations et

(1) Rossi, *Cours d'économie politique.*

un crédit que les plus puissantes compagnies de nos jours n'ont pas dépassés : à ce point de vue, il était intéressant d'étudier comment les Romains avaient compris l'organisation d'aussi vastes entreprises, et cette seule considération suffirait, s'il était nécessaire, à établir un lien entre les deux parties de notre étude sur les sociétés vectigaliennes à Rome et les sociétés anonymes dans le droit actuel.

ÉTUDE

SUR

LES NULLITÉS DES SOCIÉTÉS ANONYMES COMMERCIALES

INTRODUCTION

Les rédacteurs du code de commerce avaient été très laconiques sur la société en commandite par actions et sur la société anonyme, d'une manière générale sur ce qu'on appelle aujourd'hui les sociétés par actions, celles dans lesquelles le très ancien *quoddam jus fraternitatis* et l'*intuitus personæ*

Bibliographie : Alauzet, *Commentaire du code de com. et de la législation commerciale*, t. I, 2e édit., 1868; — Annexe au procès-verbal de la séance du Sénat du 6 décembre 1883, *Projet de loi sur les sociétés*, Paris, Mouillot, imprimeur du Sénat, 1883; — *Annuaire de législation étrangère*, Paris, 1872-1884; — Arnault, *Rapport de la Commission extra-parlementaire de* 1882 *à l'appui d'un projet de loi sur les Sociétés*, Toulouse, 1884; — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édit.; — Bédarride, *Des Sociétés*, 2e édit., Paris, 1872; *Commentaire de la loi du* 24 *juillet* 1867, Paris, 1871; *Du dol et de la fraude*, 3e édit., 1875; — Beudant, *Des Sociétés commerciales; Des origines et du système général de la loi du* 24 *juillet* 1867 (*Rev. crit.* t. XXXI, 1867); *De la constitution des Sociétés par actions d'après la loi du* 24 *juillet* 1867 (*Rev. crit.*, t. XXXVI, 1870); — Boistel, *Précis de droit commercial*, 2e édit., 1878; — Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial* annoté et commenté par Demangeat, Paris, 1861-1862; — De Courcy, *Les Sociétés anonymes*, Paris, 1869; — Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1861; — Delangle, *Commentaire sur les Sociétés commerciales*, Paris, 1843; — Deloison, *Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1884; — Devilleneuve et Massé, *Dictionnaire du contentieux commercial*, 6e édit., 1875; — Duvergier, *Collection des lois*, 1856, 1863, 1867; *Droit civil français*, t. VI, 1839; — Frémery,

font absolument ou à peu près absolument défaut, et qui ne sont dès lors que des associations de capitaux. Leur histoire ne remonte pas très haut, ce qui explique pourquoi nous passons sans transition du droit romain au droit français actuel. Il n'y a pas, en effet, à les rattacher aux sociétés vectigaliennes que nous venons d'étudier, car, bien que formant par exception des personnes morales comme nos sociétés en nom collectif, elles étaient en somme des associations de personnes, avec, il est vrai, des commanditaires au second plan, ce qui les faisait ressembler à nos commandites simples. Mais le propre de la commandite par actions, c'est la disparition presque absolue de l'élément personnel ; le gérant n'est ou peut n'être plus rien qu'un mandataire ; les commanditaires, le capital, sont tout. En un mot, l'action,

Etudes de droit commercial, Paris, 1833; — Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, 3e édit. revue par Ruben de Couder, Paris, 1877-1881; — Guillery, *Des Sociétés commerciales en Belgique*, 2e édit., Bruxelles, 1882; — *Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée* (Clunet), 1874-1884; — *Journal des Sociétés civiles et commerciales*, (A. Ledru et F. Worms), 1879-1884; — Laurent, *Principes de droit civil français*, 2e édit.;—Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, Paris. 1882;— Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, 2e édit., 1861-1862; — Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les Sociétés, des 24-29 juillet* 1867, Paris, 1868; — Mathieu, *La loi du 24 juillet* 1867; *Les projets de réforme et la juriprudence* (*Gazette des tribunaux*, des 10, 12, 19 janvier, 5, 6, 10, 18, 19, 20 février, 5, 6, 23 et 28 mars 1877); — Merlin. *Répertoire*, v° Société et Nullité; *Questions de droit*, v° Société et Nullité; — Molinier, *Traité de droit commercial*, Paris, 1846; — Pardessus, *Cours de droit commercial*, Paris, 1841; — Pont, *Explication théorique et pratique du code civil*, t. VII et VII bis : *Commentaire-Traité des Sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1880; — *Revue des Sociétés*, sous la direction de M. Vavasseur, Paris, 1883-1884; — Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juillet* 1867, Paris, 1868; — Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Paris, 1852; — Rousseau, *Des Sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1878; *Questions nouvelles sur les Sociétés commerciales*, Paris, 1882; — Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tous genres en matière civile*, Paris, 1835; — Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 3e édit., 1876; — Troplong, *Du contrat de Société civile ou commerciale*, Paris, 1843; — Vavasseur, *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, 3e édit. Paris, 1883.

spécialement l'action au porteur, ce titre qui donne leur cachet et leur physionomie aux sociétés dont nous allons nous occuper, n'a pas de similaire dans le monde romain, nous en avons fait plus haut l'observation.

Ce n'étaient pas non plus des sociétés anonymes que ces associations de propriétaires de moulins au Moyen-Age, comme celles des moulins de Moissac ou du moulin du Bazacle à Toulouse, que M. Troplong cite comme les plus anciennes de lui connues, dans la célèbre préface de son commentaire du titre des sociétés. Ces parts, appelées à Toulouse *uchaux*, *rases* ou *meules* à Montauban et à Moissac, n'étaient que des parts de copropriétaires, se transmettant comme toute autre propriété immobilière, le plus souvent par des actes notariés. Ce sont de très anciennes sociétés civiles, — celle du moulin du Bazacle remonte au moins à 1177; — mais elles n'ont jamais été des sociétés par actions, tant qu'elles ont conservé leur vieille forme.

Il y avait cependant des sociétés anonymes ou peut-être même en commandite par actions dans notre ancienne jurisprudence, mais elles étaient en dehors du droit commun : ni l'ordonnance de 1673 ni aucune autre loi ne les régissait ; c'étaient des *compagnies* privilégiées, instituées par le roi et obéissant aux règles particulières tracées par l'édit d'institution. Telles étaient les compagnies de commerce extérieur créées par Richelieu et Colbert au XVII[e] siècle, et d'autres au XVIII[e] ; telle était la trop célèbre banque de Law, avec cette remarque cependant que celle-ci était plutôt peut-être une société en commandite par actions. Savary cite cependant une société par actions, créée en 1750 sous le nom de *Chambre d'assurances de Paris*, établie en corps de compagnie particulière par acte d'association (1).

(1) *Dictionnaire universel*, t. IV. p. 1210.

Lorsque la loi du 2 mars 1791 eut proclamé la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, la pratique en conclut que désormais chacun pouvait créer des sociétés par actions, à l'encontre des anciens principes qui y voyaient un privilège. Cette manière de voir, qui s'explique historiquement, n'est pas fondée en raison, et la question de la liberté du travail et de l'industrie n'a rien de commun avec celle de la liberté de l'anonymat, pour parler le langage contemporain. Cela explique pourquoi l'autorisation du gouvernement a pu être exigée pendant 60 ans en France pour les sociétés anonymes, pourquoi dans certains pays elle est encore exigée même pour les sociétés en commandite par actions, sans qu'on puisse dire que de telles législations consacrent en ce point une exception à la liberté du commerce et de l'industrie. C'est qu'en effet, pour le dire d'un mot, la question qui se pose ici est celle de savoir quelles sont les conditions requises pour la création d'une personne morale. L'originalité des sociétés anonymes est d'être des personnes morales qui ne sont juxtaposées à aucune personne physique qui soit là pour répondre de leurs engagements. Or c'est un principe de droit public posé par les Romains, comme nous l'avons vu plus haut, et toujours observé depuis, que les personnes morales ne peuvent être créées qu'avec l'agrément du législateur et sous les conditions qu'il lui plaît de leur imposer.

Mais, nous le répétons, telle n'était pas la préoccupation des esprits en 1791 : à l'ère du privilège, on voyait succéder l'ère de la liberté, et en conséquence nombre de compagnies se créèrent elles-mêmes. La Convention nationale les supprima par un décret des 26-29 germinal an II, dont l'article 1er est ainsi conçu : « *Les compagnies financières sont et demeurent supprimées. Il est défendu à tout banquier, négociant et autres personnes quelconques, de former aucun établissement de ce genre sous aucun prétexte et sous quelque*

dénomination que ce soit. » Mais cette loi fut elle-même abrogée le 30 brumaire an III, sans qu'aucune règle fût formulée sur les compagnies et associations commerciales.

Tel fut l'état de liberté absolue dans lequel les rédacteurs du Code de commerce de 1807 trouvèrent les choses. D'après le projet, les sociétés par actions devaient toutes être autorisées par le Gouvernement, en souvenir et en réaction des fraudes auxquelles elles venaient de donner lieu. Mais les tribunaux et les chambres de commerce réclamèrent contre ce qu'ils estimaient être un excès de sévérité à l'égard des sociétés en commandite par actions qui, elles, ont un ou plusieurs associés indéfiniment responsables, et c'est en vertu de cette distinction acceptée que l'article 37 exigea l'autorisation pour les sociétés anonymes, tandis que l'article 38 permit de diviser en actions le capital des sociétés en commandite, *sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.*

Mais la force des choses devait l'emporter sur cette réserve du texte ; en réalité les commandites par actions devinrent dans la pratique des sociétés anonymes dispensées de l'autorisation. Les associés en nom ne furent plus que des sortes de mandataires du capital. Quand bien même ces associés auraient été des hommes sérieux, l'importance des opérations sociales devenait telle que le patrimoine d'une ou plusieurs personnes allait être insignifiant pour en répondre. Aussi, à toutes les époques de spéculation qui semblent se reproduire périodiquement, les scandales des sociétés en commandite par actions ont attiré l'attention du législateur. C'est ainsi qu'en 1838, un projet de loi qui n'a pas abouti, proposait de supprimer la commandite par actions ; c'est ainsi enfin qu'elle a été réglementée par la loi du 17 juillet 1856.

Cependant la société anonyme restait soumise à l'autorisation. Mais la société en commandite par actions règlementée

lui ressemblait tellement que, peu de temps après, la loi du 23 mai 1863 admit, sous le nom de sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes libres, à l'imitation de l'Angleterre et pour que le commerce français pût lutter à armes égales avec ses rivaux d'outre-Manche, après les traités de commerce de 1860.

Ce premier pas devait être bientôt suivi d'un autre. La loi de 1863 limitait à vingt millions le capital des sociétés qu'elle créait, et renfermait d'autres restrictions. On pensa qu'il fallait aller plus loin et ne pas avoir deux sortes de sociétés anonymes, les unes autorisées, les autres non autorisées; et c'est pourquoi la loi du 24 juillet 1867 a définitivement supprimé la nécessité de l'autorisation.

La loi de 1867 n'a pas entendu créer ce qu'on appelle la liberté de l'anonymat. L'éducation des capitaux n'a pas paru suffisante pour qu'il fût possible de passer brusquement du système de la protection par l'autorisation à celui de la liberté absolue, comme le demandait M. Emile Ollivier. Aucun pays, si ce n'est l'Espagne en 1869, n'est encore allé jusqu'à laisser se former la société anonyme comme tout contrat, sous le seul respect des lois générales sur les conventions et la publicité, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Le système inauguré en France par la loi de 1867 est celui de la liberté réglée, soumise à des restrictions nombreuses, qu'elle formule : c'est, en un mot, la liberté de certaines sociétés anonymes, de celles dont les statuts sont la reproduction des règles édictées par la loi, avec les organes qu'elle demande et le fonctionnement qu'elle indique.

Nous ne nous proposons d'étudier dans ce travail ni ces formalités en elles-mêmes, ni ces organes et leur fonctionnement. Nous voulons borner notre examen à l'une des sanctions qu'édicte la loi, lorsque certaines de ses disposi-

tions ont été violées, à l'étude des nullités des sociétés anonymes, de leurs causes, de leurs effets et de leur durée. Nous voulons ainsi rapprocher les nullités arbitraires et factices qui résultent de cette loi, des nullités qui peuvent atteindre les sociétés, comme tout autre contrat, pour violation des règles de droit commun prescrites sous cette sanction, comme par exemple les nullités pour cause ou objet illicite.

Diverses considérations, les unes juridiques, les autres plutôt d'ordre pratique et législatif, nous ont entraîné à entreprendre ce travail. Nous avons vainement cherché dans la collection si nombreuse des thèses de doctorat, une monographie sur ce point spécial, et nous n'en avons pas trouvé non plus en parcourant les recueils bibliographiques. Le dernier traité général sur les nullités est celui de notre compatriote M. Solon, paru en 1835, et il est spécial aux nullités en matière civile; il ne pouvait d'ailleurs se rapporter à ce qui fait l'objet principal de nos investigations, puisque c'est la loi de 1856 qui a été le germe des dispositions de celles de 1863 et de 1867 sur ce point.

Il nous a paru cependant qu'il y avait intérêt à faire ce travail de coordination et de rapprochement : sans doute, dans les nombreux et excellents ouvrages qui ont été publiés sur les sociétés commerciales, toutes les questions de nullité sont étudiées et résolues, chacune à leur place; et nous ne faisons aucune difficulté de convenir que sans ce puissant secours, nous n'aurions pas pu songer à entreprendre l'étude d'un aussi difficile sujet. Mais ces notions éparses ne formant pas tableau, nous pensons que ce tableau avait besoin d'être fait, et que l'heure était particulièrement opportune pour essayer de le tracer.

C'est qu'en effet un grand travail législatif et de jurisprudence sur de très gros procès s'est accompli depuis les lois de 1856, 1863, 1867. L'esprit est d'abord frappé de cette

succession rapide : en 1856, pour la première fois, on règlemente la commandite par actions ; en 1863 on voulait déjà refondre la loi de 1856, et c'est pour ne pas perdre de temps qu'on se borna à s'occuper des sociétés à responsabilité limitée. Mais quatre ans plus tard, la loi de 1867 abroge les deux lois de 1856 et de 1863, supprime l'autorisation et crée les sociétés à capital variable dont nous ne nous occuperons pas, et dont la règlementation est actuellement remise en question.

A peine cette loi de 1867 est-elle en vigueur, qu'on demande sa réforme et qu'elle est quasi-promise en 1869 par M. Rouher à la tribune du Corps législatif. Puis viennent quelques années d'oubli à la suite des évènements de 1870-1871. La parole est alors à la jurisprudence : de nombreuses et graves décisions, quelquefois divergentes, préoccupent les hommes d'affaires et les jurisconsultes ; la tendance des tribunaux est en général de se montrer beaucoup plus sévère dans le commentaire de la loi, que les hommes de cabinet. Elle voit sans doute les abus de plus près, avec les ruines qu'ils occasionnent, et elle ainsi disposée et entraînée à la rigueur. Mais le mouvement législatif se réveille au commencement de l'année 1882, à la suite des grands désastres de l'Union générale et d'autres sociétés de crédit. L'opinion publique s'émeut et semble avide de rigueurs nouvelles, tandis que les hommes sages font observer que les ruines n'atteignent en somme que les sociétés de finance, toujours très vulnérables dès quelles sont des sociétés par actions, si bien que de bons esprits avaient demandé en 1867, que les sociétés de banque et de crédit restassent soumises à l'autorisation, comme y sont restées soumises les tontines et les assurances sur la vie.

Sous le coup de cette impulsion de l'opinion publique, M. Humbert, garde des sceaux, ministre de la justice, ins-

tituait, le 14 février 1882, une commission extra-parlementaire, chargée d'une double mission : celle de préparer un projet de loi sur les jeux de bourse et la négociation des valeurs mobilières, et celle de préparer aussi un projet de loi sur les sociétés par actions, en un mot de réviser et remplacer la loi de 1867 (1). Cette dernière partie de l'œuvre de la commission a été accomplie sous la forme d'un projet de loi en 108 articles, déposé au Sénat par M. le garde des sceaux, dans la séance du 6 décembre 1883, et qui tranche les questions controversées de notre matière.

Pourquoi cette rapide déchéance de ces lois, pourquoi ce besoin de révision qui semble se produire dès le lendemain de leur promulgation ? Ce serait, croyons-nous, mal répondre à cette question qui se pose impérieusement, que d'attribuer ce besoin à la mauvaise confection, à un vice intrinsèque des lois de 1856, 1863, 1867. Sans doute elles ne sont point parfaites ; et, pour ne parler que de la dernière, on lui a reproché des négligences de style et surtout un défaut de concordance entre les dispositions sur les commandites par actions et sur les sociétés anonymes dans des points où il devait y avoir entre elles identité. Mais si la loi de 1867 n'eût présenté que ces légers défauts, la pratique s'en serait bien vite accommodée et personne n'en demanderait sérieusement la réfection.

Il faut donc chercher ailleurs la réponse à la question posée, et cette réponse est, croyons-nous, dans le caractère même de ces lois. Ces lois, disions-nous plus haut, ont organisé une liberté réglée ; ce sont plutôt des modèles de contrat, et il est dès lors tout naturel qu'on en demande la révision à mesure que les besoins font connaître la nécessité de telle ou telle clause qui a été oubliée. Ainsi

(1) *Journal officiel* du 26 février.

une société peut-elle mettre dans ses statuts qu'elle paiera à ses actionnaires des intérêts sur le capital sans bénéfices réalisés? Peut-elle acheter ses propres actions? Quels droits peut-elle donner aux porteurs de ses obligations en les envisageant collectivement, comment leur conférer une hypothèque? etc., etc. Toutes ces questions et d'autres semblables sont posées et réclament leur solution.

D'autre part, la pratique a révélé des dangers imprévus, notamment le danger des nullités. Des agences se sont fondées pour éplucher les actes de société, pour y rechercher quelque cause de nullité, et menacer alors les sociétés de procès destinés à ébranler leur crédit, si elles n'achetaient pas le silence à prix d'argent; des responsabilités effroyables ont été encourues par des fondateurs et administrateurs dont les arrêts qui les condamnaient proclamaient la parfaite bonne foi, etc., etc.

Ainsi la loi de 1867, à l'exemple de ses devancières, nous apparaît comme une loi d'essai, de tâtonnements; c'est un fait nouveau dans le vieux monde juridique que celui de la société anonyme libre sans autorisation et surveillance du Gouvernement, et chaque jour nous révèle quelque inconnue, qui peut conduire à une modification de la loi. De là cette instabilité législative. Si elle était particulière à la France, il y aurait lieu de s'alarmer et de se demander si, comme certains le prétendent, le sentiment législatif ne s'est pas affaissé chez nous, si nous méritons encore le beau nom de *conditores legum*. Mais nous pouvons être rassurés : d'abord les pays étrangers, comme la Belgique, l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, etc., qui ont fait des lois postérieures à la nôtre sur les sociétés par actions, se sont en somme inspirés de notre loi de 1867 : c'est au fond la même chose, ce sont les mêmes formalités et souvent les mêmes sanctions, avec cette remarque

cependant que les nullités y sont en général bien moins prodiguées, comme cela résultera du tableau de droit comparé que nous présenterons à la fin de ce travail. Ensuite, un mouvement analogue se produit dans ces divers pays, ces lois vieillissent vite et on en demande la refonte : pour ne citer qu'un exemple, la loi belge sur les sociétés date du 18 mai 1873 et nous lisons dans le Bulletin du mois de mai 1883 de la Société de législation comparée qu'une proposition de loi vient d'être soumise à la Chambre des représentants de Belgique par MM. Guillery, Pirmez et de Lantsheere, pour la modifier en quelques points. « Les auteurs de cette proposition, dit M. Lyon-Caen, estiment que la nullité des sociétés constitue une sanction fâcheuse des prescriptions légales ; elle nuit à de nombreux intérêts et donne lieu à des spéculations scandaleuses (1). »

En France également un mouvement de réaction commence à se produire contre les exagérations des nullités des sociétés, soit au point de vue du nombre des cas de nullité, soit au point de vue des effets, et le projet de loi de la commission extra-parlementaire a déjà suivi ce mouvement quant aux effets. Il nous a donc paru que l'heure était propice pour cette vue d'ensemble de la matière, qu'il fallait marquer, ne fût-ce que pour le souvenir, les résultats en ce point des lois successives et notamment de la loi de 1867 : c'est ce qui nous a déterminé dans le choix de cette étude.

Nous la consacrerons exclusivement aux sociétés anonymes, pour ne pas surcharger ce travail et lui donner de trop grandes proportions. Les règles sont d'ailleurs à très peu près les mêmes pour les sociétés en commandite par actions, et d'autre part le nombre et l'importance de ces sociétés

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, n° 5, mai 1883, p. 362.

diminuent chaque jour. Sans doute elles n'ont pas encore perdu toute raison d'être ; mais comme elles n'étaient le plus souvent constituées que pour éviter l'autorisation, qu'elles n'étaient au fond que des sociétés anonymes non autorisées, la loi de 1867, en supprimant cette nécessité de l'autorisation, les a fait passer de beaucoup au second plan. Si cependant elle s'en occupe dans son premier titre, c'est par une raison purement historique : les auteurs de la loi de 1867 voulaient d'abord refondre la loi de 1856, puisqu'on avait négligé de le faire en 1863, ensuite légiférer sur les sociétés anonymes ; et ils ont suivi dans la confection matérielle de la loi l'impulsion de cette idée : aussi le projet de la commission extra-parlementaire a-t-il renversé cet ordre et mis en tête la société anonyme.

Ainsi nous cantonnons notre sujet aux nullités des sociétés anonymes, et même plus spécialement, pour le borner encore, aux nullités des sociétés anonymes commerciales. Nous allons étudier successivement les causes de nullité de ces sociétés, soit d'après le droit commun civil ou commercial, soit d'après le droit spécial de la loi de 1867, l'action qui naît de ces causes, sa durée, les effets de la nullité prononcée d'après ces diverses causes, enfin les responsabilités qui en résultent. Nous consacrerons ensuite un chapitre à la législation comparée. Chemin faisant, nous indiquerons les réformes qui nous paraissent nécessaires et rapporterons celles qui sont proposées dans le projet de loi élaboré par la commission extra-parlementaire de 1882.

PREMIÈRE PARTIE

NULLITÉS DE DROIT COMMUN

Les sociétés anonymes sont soumises, en outre des prescriptions spéciales de la loi de 1867, et en leur qualité première de contrat, à toutes les conditions essentielles, d'après le droit commun, pour l'existence et la validité des conventions en général et en particulier du contrat de société. Ces conditions sont telles que l'absence ou l'omission de l'une d'elles entraîne, dans tous les cas, la nullité de l'acte.

Il semble que tout soit dit, quand on a prononcé le mot *nullité*, et que dès lors la règle *Quod nullum est nullum producit effectum* soit nécessairement applicable dans toute sa rigueur ; mais en réalité il n'y a pas d'expression plus ambigue dans la langue du droit, et on confond souvent sous la dénomination générale d'actes nuls, des actes dont les uns sont considérés absolument comme inexistants et non avenus, tandis que les autres produisent leurs effets juridiques, pour le passé, comme s'ils étaient valables. Nous voulons essayer cependant, pour l'ordre et la clarté de ce travail, d'analyser en peu de mots cette expression et de présenter sur la nullité quelques considérations générales.

Théoriquement la nullité est *une*, car, au sens étymologique du mot, on devrait entendre seulement par acte nul, l'acte imparfait, incomplet, celui qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en

l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence. C'est, par exemple, l'hypothèse d'un mariage entre personnes du même sexe, d'une convention sans le concours du consentement de deux parties, d'une vente sans chose vendue ou sans prix, de tous les actes, en un mot, qui n'ont pas l'existence — non seulement légale, mais naturelle, — qui n'ont que l'apparence d'être. Le sens littéral, rigoureux, du mot *nullité* est donc synonyme de néant.

Mais dans la langue du droit, on a étendu l'acception de ce terme, et appelé *nullité* l'invalidité de tout acte qui n'a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables à son existence, d'après la lettre ou l'esprit du droit positif (1). Ainsi c'est en vertu de dispositions arbitraires de la loi que les donations entre vifs, constatées par actes sous seing-privé (art. 931), qu'un testament non daté ou non écrit en entier de la main du testateur (art. 970), que les substitutions prohibées (art. 1048 et suivants), que des bordereaux d'inscriptions hypothécaires incomplets (art. 2148), etc., etc., sont déclarés nuls et frappés d'inefficacité. De même — et c'est un point important à noter — les nullités résultant, en matière de sociétés par actions, de la loi de 1867, sont la sanction de règles inventées, imaginées par le législateur, sans aucun fondement dans les principes généraux et essentiels du droit : nous verrons plus tard les conséquences de cette observation.

Dans ces hypothèses la nullité doit être considérée comme une véritable peine qui consiste, suivant l'expression de M. Solon, dans la privation des droits ou des avantages que l'acte aurait conférés, s'il eût été conforme à la loi. La conséquence immédiate de cette idée, comme le fait judicieusement remarquer le même auteur, est qu'il existe une

(1) Cpr. Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 119.

relation intime entre ces nullités arbitraires et les lois à l'inobservation desquelles elles ont été attachées, et que la nature d'une nullité, l'importance de ses effets, dépendent entièrement de l'objet de la disposition à laquelle il a été contrevenu. Dès lors il est facile de comprendre comment la nullité, *une* en droit philosophique, est, au contraire très diverse en droit positif, et se divise nécessairement en plusieurs espèces : étant des nullités factices, elles ne doivent avoir, comme les lois dont elles sont la sanction, ni la même gravité, ni le même objet : et le législateur qui crée ces nullités peut, à son gré, étendre leurs effets jusqu'à faire réputer un acte *légalement inexistant*, ou en restreindre l'étendue de manière à leur enlever toute rétroactivité (1).

A un autre point de vue, comprenant à la fois les nullités de non-existence — naturelle ou légale — et les nullités de simple annulabilité, on a considéré la nullité comme un remède de droit, dont l'objet est d'ouvrir, en certains cas, un recours à ceux qui ont souffert ou pourraient souffrir d'une contravention au droit ou à la loi. De là est née la distinction classique des nullités en nullités absolues et nullités relatives, selon qu'elles peuvent être proposées par tout intéressé ou par quelques personnes seulement. Et ici nous devons remarquer une nouvelle extension bien plus grave du mot *nullité*, car nous voyons frappés de cette sanction des actes dans lesquels existent tous les éléments essentiels prescrits par la loi, mais avec quelque imperfection. C'est l'hypothèse des nullités relatives qui, suivant l'expression de M. Solon (t. I, p. 6), sont moins une nullité qu'une faculté accordée à une ou plusieurs personnes de faire annuler un acte inattaquable pour tout autre.

D'une manière générale, toute nullité doit être réputée

(1) Cpr. Solon, Introduction., p. IV; ch. I, pp. 1 et 3.

absolue, à moins qu'elle n'ait été limitée expressément ou virtuellement par le législateur à certaines personnes. Mais la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives n'embrasse pas tous les cas arbitraires de nullité, et nous verrons notamment que les nullités résultant de la loi de 1867 sont des nullités spéciales, ni absolues ni relatives au sens ordinaire de ces mots. Cette division s'adapte au contraire fort bien aux nullités de droit commun, et nous allons la suivre dans l'exposé des causes et des effets de ces nullités.

CHAPITRE I

NULLITÉS ABSOLUES

Les nullités absolues résultent du défaut de l'un des éléments essentiels pour la formation du contrat, et peuvent être invoquées par tous ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir. Ces éléments essentiels sont, dans toute convention, au nombre de trois : le consentement, l'objet et une cause licite. Dans certains contrats, la forme ordonnée par la loi qui les régit constitue une autre élément substantiel, comme l'authenticité de l'acte pour les donations entre vifs : *forma dat esse rei*. Les sociétés anonymes sont-elles soumises aussi à cette condition, en vertu du droit commun commercial qui prescrit la rédaction d'un acte écrit pour les sociétés de commerce ? Nous ne le pensons pas, et il ne sera pas question dans ce chapitre de la nullité résultant du défaut d'acte écrit. Cette formalité a été plutôt exigée, croyons-nous, comme la base et le préliminaire indispensable de la publicité, que dans le but de rendre les sociétés commerciales des contrats solennels ; et il serait contraire à l'équité de faire produire à la nullité résultant du défaut d'acte écrit, les effets des nullités absolues, plus étendus que ceux des nullités résultant du défaut de publication régulière.

Nous allons immédiatement étudier l'application aux sociétés anonymes des causes de nullité absolue du droit commun général et du droit commun civil ou commercial relatif au contrat de société. Dans le chapitre suivant, nous

traiterons des nullités relatives. Nous ferons remarquer que c'est là certainement la partie la plus ingrate de notre sujet, la moins appropriée aux sociétés anonymes ; mais la comparaison de ces nullités avec les nullités créées par la loi de 1867 nous permettra de faire quelques rapprochements intéressants et d'un ordre absolument pratique.

Section I. — CAUSES DE NULLITÉ.

§ I. — *Défaut de consentement.*

Le consentement, envisagé comme élément de fait, est indispensable à la formation de toutes les sociétés, quelle que soit leur espèce : « *Et in societate quoque contrahenda respondendum est,* dit Pomponius, *ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quæ in consensu consistit* (L. 57, *Dig.*, XLIV, 7). » Mais l'hypothèse de la nullité d'une société anonyme pour défaut absolu de ce premier élément essentiel n'offre pas, à vrai dire, un grand intérêt pratique, car il est difficile de concevoir que les assemblées générales constitutives puissent commettre ou laisser échapper une erreur destructive du consentement : la nullité pour défaut de consentement se confondra toujours avec la nullité pour défaut de cause ou pour cause imaginaire. Dans une société en nom collectif, la nullité a été prononcée parce que la signature d'un associé apposée à l'acte n'était que le produit d'un faux matériel (1) ; en pareil cas, une société anonyme serait tout au plus annulable par application de l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867, aux termes duquel la société ne

(1) Paris, 7 février 1824, Sirey, *Coll. nouv.*, VII, 2, 316.

peut être constituée avec un nombre d'associés inférieur à sept.

§ II. — *Défaut d'objet.*

La deuxième condition essentielle dont l'absence constitue une cause de nullité absolue est *un objet certain qui forme la matière de l'engagement.* Mais, entendu en ce sens, l'objet consiste, pour le contrat de société, dans la réunion des apports de tous les associés, et la nullité pour défaut d'objet se confond presque avec la nécessité d'une mise en commun, qui est de l'essence du contrat de société. Il convient donc, pour éviter des redites, de renvoyer l'étude de cette cause de nullité au paragraphe des nullités résultant du titre des sociétés au Code civil, qui viendra après la nullité résultant du défaut de cause et de la cause illicite.

§ III. — *Défaut de cause et cause illicite.*

La théorie de la cause, dans les contrats commutatifs et aléatoires, se rattache à celle de l'objet. La cause, en ce qui concerne le contrat de société, se trouve dans l'intention de faire valoir par les opérations de l'entreprise le fonds commun, c'est-à-dire l'objet qui forme la matière de l'engagement. En d'autres termes et plus brièvement, la cause est l'affaire même pour laquelle les parties s'associent.

Il est facile de concevoir une obligation sans cause dans tous les cas où les obligations des parties ont un caractère successif, parce que l'extinction de la cause entraîne la nullité du contrat : les sociétés formées, par exemple, pour l'exploitation de mines, deviennent nulles pour défaut de cause, si le retrait de la concession est prononcé avant l'expiration du

terme fixé pour la durée de la société. De même le contrat peut manquer de se former, si la cause dépendait de l'avenir et ne s'est pas réalisée, par exemple dans l'hypothèse où une société aurait été créée pour l'exécution de travaux publics avant la déclaration d'utilité publique, si l'autorité compétente refusait ensuite d'autoriser l'exécution de ces travaux. Dans ces deux hypothèses, la société est d'abord conditionnelle, mais il y a nullité si elle continue à fonctionner après qu'il est devenu certain que la condition ne se réalisera pas.

La loi considère comme une obligation sans cause l'obligation sur fausse cause, c'est-à-dire le cas où les parties se sont engagées en vue d'une cause imaginaire qu'elles supposaient réelle. L'espèce s'est présentée devant la Cour de Paris, à l'égard d'une société anonyme. Un sujet espagnol, prétendant avoir acquis du gouvernement de son pays des moulins situés sur le territoire du Haut-Guadiana, et un canal long de 58 kilomètres, fonda en 1874, une société sous le nom de Société d'irrigation du Haut-Guadiana. Mais en 1878, une ordonnance royale décida que le concessionnaire n'avait jamais eu droit à l'eau du canal que comme force motrice et ne pouvait en aucun cas s'en servir pour l'irrigation. Des actionnaires français intentèrent alors une demande en nullité de la société et une demande en responsabilité contre les fondateurs, qui fut accueillie. La Cour de Paris refusa de prononcer la nullité pour ne pas préjuger à l'encontre des fondateurs, le sort ultérieur du recours qu'ils se disaient en mesure d'exercer contre les autorités administratives et judiciaires d'Espagne, à l'occasion de l'ordonnance royale de 1878 ; mais certainement la Cour aurait prononcé la nullité pour fausse cause, si dès cette époque les prétentions des fondateurs avaient été reconnues vaines et le recours rejeté par les tribunaux espagnols (Paris, 13 février 1882, D. P., 83, 2, 161).

Enfin toute société doit avoir un objet licite. Ce principe de droit commun, expressément reproduit au titre du contrat de société par l'art. 1833, était déjà proclamé avec cette application spéciale par les jurisconsultes romains : « *Si maleficii societas coita sit,* dit Ulpien, *constat nullam esse societatem : generaliter enim traditur rerun inhonestarum nullam esse societatem* (L. 57, Dig., XVII. 2). » A titre d'exemples d'associations illicites, nous pouvons citer les sociétés créées pour un commerce de contrebande, pour tenir un mauvais lieu, pour exploiter la vente d'un remède secret et prohibé par la loi, pour éditer des ouvrages contenant le récit d'aventures immorales ou renfermant des imputations calomnieuses contre diverses personnes, etc., etc. (1). Ces sociétés et d'autres semblables n'affectent pas ordinairement, il est vrai, la forme de sociétés anonymes ; mais il faut remarquer que les conséquences de l'annulation, en matière de nullités de droit commun, sont à peu près les mêmes dans les diverses espèces de sociétés.

On a beaucoup discuté sur la question de validité de la convention qui a pour objet l'exploitation en commun d'un office ministériel dont l'une des parties est titulaire. Une jurisprudence constante et la majorité des auteurs déclarent qu'une telle association est illicite et nulle, en ce qu'elle a pour objet une chose hors du commerce, et parce qu'elle porte atteinte au principe de l'institution des officiers ministériels, aux conditions d'indépendance et de responsabilité indispensables pour l'accomplissement des devoirs de leur profession, enfin à la garantie qui est la sauvegarde des tiers (2).

(1) Paris. 15 juin 1838, D. P., 38, 2, 173; Paris, 28 nov. 1868, *Bull. de la C. d'appel,* n° 1731; Req. rej., 8 nov. 1880, *J. Soc. civ. et comm.*, 1881, p. 45; Bruxelles, 7 août 1865. *Pasicrisie belge,* 66, 2, 69.

(2) *Civ. cass.*, 15 janv. 1855, D., 55, 1, 5; Toulouse, 18 janv. 1866, D., 66, 2, 6; Rennes, 19 janv. 1881, D., 81, 2, 104; Paris, 5 mars 1881, Bordeaux, 26 avril 1881, *J. Soc. civ. et comm.*, 1881, p. 407 et 619.

La raison de cette solution est surtout dans la théorie que la jurisprudence a créée sur le droit de présentation, droit *sui generis*, comportant le pouvoir exclusif de disposer de la finance de l'office, et qui n'est pas cependant le droit de propriété, puisque le titulaire destitué en est déchu sans idée de confiscation. Dans l'opinion contraire, on a fait remarquer que la loi du 28 avril 1816 avait peut-être voulu rétablir purement et simplement l'ancienne propriété des offices de finance, qui n'avait pas donné lieu aux mêmes abus et aux mêmes réclamations que la vénalité des offices de judicature. Il y a d'ailleurs une autre observation à faire : les dangers que la jurisprudence a voulu éviter en n'autorisant pas l'exploitation en commun d'un office, existent aujourd'hui à un plus haut degré, lorsque le titulaire emprunte le prix et le cautionnement à des bailleurs de fonds toujours plus exigeants et plus âpres que des associés, et dont les créances viennent absorber, en cas de faillite ou de déconfiture, tout le gage sur lequel le public avait dû compter. Quoi qu'il en soit, les sociétés pour l'exploitation d'un office sont considérées comme des associations illicites ; c'est sous la forme de la commandite simple qu'elles se sont produites, mais les parts ont quelquefois été subdivisées en un si grand nombre de fractions qu'on aurait pu les voir bientôt converties en titres au porteur, si les tribunaux n'avaient pas prononcé la nullité. La loi du 2 juillet 1862, modificative des articles 74 et 75 du Code de commerce, a autorisé les agents de change près des Bourses pourvues d'un parquet à s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés. Mais le propriétaire de l'office doit toujours être propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement.

Nous ne ferons que mentionner, en terminant, la controverse qu'ont excitée les sociétés fondées pour faire la con-

trebande en pays étranger ou pour exploiter une maison de jeu dans un Etat où l'existence de tels établissements est autorisée. A l'égard de ces dernières, la nullité ne paraît pas douteuse : en vain a-t-on dit que la loi nationale ne peut pas interdire les jeux en pays étranger ; ceci n'est pas la question. Il serait étrange que les maisons de jeu, considérées en France comme contraires à l'ordre public, puissent avoir, aux yeux des mêmes juges, un autre caractère par le seul fait qu'elles sont établies hors des limites du territoire (1) : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ! »

Le caractère des sociétés pour faire la contrebande en pays étranger n'est pas plus incertain, car il est de principe que chaque Etat doit respecter la souveraineté des autres Etats et réprimer tout acte de nature à léser leurs droits ou leurs intérêts. Ces sociétés sont donc illicites et nulles. Mais le droit de rétorsion étant reconnu légitime, les tribunaux sont presque liés sur ce point par la jurisprudence des autres Etats, qui paraît d'accord avec la pratique des gouvernements, pour favoriser l'importation à l'étranger, par tous les moyens possibles, des produits nationaux (2).

§ IV. — *Absence de l'un des éléments essentiels propres au contrat de Société.*

Le contrat de société n'est pas soumis seulement aux causes de nullité qui résultent de la violation des principes du droit commun sur les conventions en général ; il est sujet,

(1) Paris, 31 mars 1849, D., 49, 2, 214. — *Contrà*, Paris, 22 févr. 1849, D., 49, 2, 105; — Trib. com. de la Seine, 4 déc. 1863, *Gaz. des trib.*, du 19; — Trib. com. de la S., 5 févr. 1867, D., 67, 3, 61, Paris, 31 mai 1870, D., 74, 2, 222.

(2) Aix, 30 août 1833; Pau, 11 juil. 1834; Req. rej., 25 août 1835, D., 35, 1, 404; Bruxelles, 3 juil. 1844, *Pasic. belge*, 44, 2, 222.

comme contrat spécial, à certaines conditions particulières qui servent à le distinguer d'autres contrats avec lesquels il peut avoir quelque ressemblance. Ce qui caractérise principalement le contrat de société, c'est l'intention de faire valoir un fonds commun et de partager les bénéfices qui résulteront des opérations faites à l'aide de ce fonds (art. 1832 et 1833). On voit donc apparaître déjà deux causes de nullité inhérentes au contrat de société : le défaut d'apports, et la convention qui, directement ou indirectement, arriverait à supprimer la communication des gains et ferait du contrat une société léonine.

La convention dans laquelle l'un des associés serait affranchi des pertes n'est pas contraire à l'essence même de la société : cette clause était valable en droit romain et dans notre ancien droit, pourvu, dit Pothier, que le prix du risque de la perte, pour la part dont on décharge l'un ou plusieurs des associés, soit égal au prix de l'avantage par lui apporté à la société (1). Mais les rédacteurs du Code ont pensé qu'une semblable convention n'était pas conforme aux vrais principes du contrat de société, et ils ont interdit, sous peine de nullité, *la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés* (art. 1855, § 2).

La nullité résultant de la convention léonine ou d'une clause de non-contribution aux pertes s'applique à la société et non pas seulement à la stipulation illicite : « *Et nos consentimus talem societatem nullam esse*, » dit Ulpien (L. 29, § 2, *Dig.* XVII, 2). Cette solution a été contestée dans notre droit, à cause des termes de l'article 1855 qui se borne à déclarer nulles *la convention* qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices ,et *la stipulation* qui affranchirait

(1) Pothier, *Soc.* nos 20 et 75; Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. VIII, sec. 1, n° 9

une mise sociale de toute contribution aux pertes, et ne prononce pas formellement la nullité de la société. Mais cette interprétation n'a pas prévalu : « Les diverses stipulations dont se compose l'acte de société sont, d'après l'intention commune des parties, à considérer comme formant un tout indivisible ; et il ne serait ni équitable ni juridique de retenir dans les liens de la société pour tout le temps convenu l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'article 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses (1). » Il faut décider, en conséquence, que la convention en vertu de laquelle les fondateurs d'une société s'obligent envers les souscripteurs d'actions à les leur reprendre et à leur rembourser dans tous les cas intégralement le capital versé, entraîne nécessairement la nullité de la société, car un associé ne peut pas contracter avec son co-associé une assurance contre les chances de perte. En fait cependant, la nullité de la clause seulement paraît avoir toujours été demandée devant les tribunaux, et les juges ne pouvaient pas prononcer d'office la nullité de la société : la question ne s'est donc jamais nettement posée dans la pratique (2).

Mais les procès ont révélé l'esprit ingénieux des fondateurs, pour se dispenser d'effectuer un apport et s'affranchir des chances de pertes. Nous pouvons indiquer à titre d'exemple, d'après un arrêt de la Cour de Paris, la manière de procéder employée pour créer des sociétés à capital fictif. Une société avait été fondée pour exploiter des mines dont les fondateurs étaient propriétaires par indivis aux termes d'un acte d'ac-

(1) Aubry et Rau, t. IV, 4e édit., § 377, note 9; Molinier, n° 386; Pont, I, n° 466; Vavasseur, I, n° 142.

(2) Req. rej., 16 janv. 1867, Sirey, 67, 1, 173; Req. rej., 14 juin 1882; Sirey, 82, 1, 423.

quisition passé par eux la veille du jour où fut signé l'acte de société; il n'y eut pas d'émission d'actions de capital, les fondateurs s'étant attribué toutes les actions en représentation de l'apport. Mais il avait été stipulé en même temps que le prix des biens achetés serait payé par la société au moyen d'un prélèvement sur le produit d'obligations créées par le même acte pour être émises immédiatement, et le prix fut, en effet, acquitté sur les fonds provenant de cette émission, de telle sorte qu'il n'y avait pas en réalité de mise sociale : de là une première cause de nullité. D'autre part, les fondateurs, n'ayant versé personnellement dans la société ni sommes, ni biens, ni valeurs quelconques, et s'étant cependant attribué toutes les actions en les déclarant entièrement libérées, se trouvaient avoir droit à la totalité des bénéfices, alors qu'ils restaient à l'abri des pertes dont tous les risques retombaient sur les tiers porteurs d'obligations : il y avait donc aussi nullité de ce chef (Paris, 14 avril 1883, J. Soc. civ. et com., 1883, p. 361).

La convention à laquelle l'un des éléments du contrat de société fait défaut n'est pas une société et ne peut produire aucun effet en cette qualité. En réalité, dans cette hypothèse, il n'y a pas d'associés, il n'y a que des communistes; le contrat est inexistant, il est vicié d'une nullité absolue. D'ailleurs, la nullité résultant de la convention léonine ou d'une clause de non-contribution aux pertes n'est pas autre chose qu'une nullité pour cause illicite; d'autre part, la nullité pour défaut d'apports se rattache à la nullité pour défaut d'objet, de telle sorte qu'en dernière analyse les nullités du droit commun relatif au contrat de société ne sont que des cas d'application des causes générales de nullité absolue du droit commun général; mais il importait de les distinguer pour les mettre plus en relief.

§ V. — *Appendice. — La fixation de la durée est-elle un élément essentiel des Sociétés commerciales?*

On s'est demandé s'il ne fallait pas ajouter, pour les sociétés commerciales, aux causes de nullité que nous avons énumérées, le défaut de fixation par les statuts de la durée de la société : le législateur, a-t-on dit, n'a pas déterminé, en matière commerciale, une durée légale à défaut de la convention, comme il l'a fait à l'égard des sociétés civiles (art. 1844) (1).

Cet argument aurait quelque valeur si les dispositions du titre général du contrat de société n'étaient pas applicables, aux termes mêmes de la loi, aux sociétés de commerce dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages commerciaux. En l'absence de convention spéciale, il faut étendre aux sociétés de commerce les dispositions de l'article 1844 avec les distinctions que comportent la nature des choses et la division de ces sociétés en sociétés de personnes et associations de capitaux : pour les sociétés anonymes, par exemple, la durée ne peut être subordonnée qu'aux nécessités de l'exploitation. L'article 71 de la loi belge limite à 30 ans *au maximum* la durée des sociétés anonymes, sauf prorogation. La suppression de l'autorisation aurait pu amener une disposition analogue dans notre loi de 1867; mais, soit par oubli, soit pour laisser une plus grande liberté aux associés, comme en Angleterre, aucune disposition n'est venue limiter en France la durée de ces sociétés.

Section II. — EFFETS DES NULLITÉS ABSOLUES.

Les effets des nullités dans les sociétés anonymes sont

(1) Lyon, 24 juin 1870, Dalloz, 72, 2, 198; Pont, II, n° 830; *Contrà*, Vavasseur, n° 267.

le point capital de la matière et la source des plus grandes difficultés, un chaos d'où la jurisprudence, par des considérations d'équité bien ou mal fondées, a tiré les décisions les plus contestables. Il importe de bien déterminer ici les conséquences des nullités de droit commun, pour les comparer plus tard en toute connaissance aux effets des nullités résultant de la loi de 1867, si différents et pourtant si rigoureux dans l'opinion extrême qui a prévalu devant les tribunaux. Nous examinerons d'abord les effets des nullités absolues; nous montrerons les conséquences des nullités relatives après avoir indiqué les causes de ces nullités dans le chapitre suivant.

Les nullités absolues sont des nullités de plein droit, en ce sens que le juge devant qui on les invoque ne peut pas se dispenser de déclarer nulle la société qu'elles vicient; mais, comme il n'appartient pas aux particuliers de se rendre justice à eux-mêmes, elles ne produisent véritablement leur effet qu'après avoir été reconnues par un jugement. Néanmoins ce sont bien des nullités de non-existence, car le rôle du juge se borne à déclarer que le contrat manque de l'un des éléments essentiels pour sa formation et que par suite il ne peut produire aucun effet.

§ I. — *Qui peut invoquer la nullité ?*

Les nullités absolues peuvent être invoquées par voie d'action ou par voie d'exception, soit pour repousser une demande fondée sur le contrat inexistant, soit pour faire déclarer directement la nullité de ce contrat, afin qu'on ne puisse jamais l'opposer à personne. Tous ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir peuvent provoquer cette déclaration, parce que le contrat n'a pas d'existence légale et ne

peut être obligatoire pour aucune des parties. Il est même à remarquer, dit M. Solon (I, n° 465), que les créanciers personnels des associés n'ont pas besoin d'invoquer le nom de leur débiteur pour faire déclarer que celui-ci n'est point obligé par l'acte inexistant, « car l'acte étant nul de nullité absolue, l'intérêt qu'ils ont à ce que cette nullité produise ses effets, est une cause suffisante pour leur donner qualité; c'est moins une action qu'ils exercent qu'un acte conservatoire et de précaution qu'ils font pour éviter que le gage de leur créance ne soit diminué. » Ces créanciers, ajoute le même auteur, n'ont pas besoin d'intenter l'action principale en nullité : ils peuvent se comporter et agir comme si l'acte de société n'existait pas, saisir et poursuivre directement sur la tête de leur débiteur les immeubles qu'il avait apportés dans la société, et, sur l'opposition seulement des autres associés ou des tiers, invoquer alors comme exception la nullité radicale du contrat et le vieil adage : « *Non præstat impedimentum quod de jure non sortitur effectum.* »

§ II. — *A qui peuvent être opposés les nullités absolues ?*

Les nullités absolues produisent leur effet *erga omnes*, et les associés peuvent s'en prévaloir, même à l'encontre des tiers. Nous verrons au contraire en étudiant la loi de 1867, que les nullités spéciales créées pour les sociétés par actions ne peuvent pas être opposées par les associés aux créanciers sociaux, et que ces derniers ont toujours, entre autres droits, celui de considérer la société comme existante, s'ils y ont intérêt. C'est qu'en effet toutes les conditions prescrites par la loi de 1867 ont été ordonnées dans l'intérêt des tiers, et il serait injuste que les associés puissent se prévaloir contre eux de l'inobservation de

ces formalités. Mais les nullités absolues de droit commun ne résultent pas de la violation d'une loi de pur droit privé ou d'un droit arbitraire et sujet à changement ; elles touchent à la nature du contrat et il est de l'intérêt public qu'une société radicalement viciée dans son essence ne produise aucun effet même à l'égard des tiers. « La nullité ne résulte pas ici d'un simple vice de forme, disait M. le procureur général Chaix d'Est-Ange dans un procès en nullité pour cause illicite ; elle est radicale, absolue, d'ordre public ; elle ne donne par conséquent d'action en justice à personne, et les commanditaires qui n'ont pas opéré le versement de leur mise ne peuvent être poursuivis en vertu d'un contrat qui est censé n'avoir jamais existé (1). » La Cour de Paris décida, il est vrai, contrairement à ces conclusions, que chaque associé serait tenu de compléter le capital qu'il avait promis de verser ; mais elle eut soin de constater dans l'arrêt que l'intérêt des créanciers était hors de cause, d'où on peut conclure, dit un annotateur, qu'elle a entendu poser les bases de la liquidation à faire, plutôt que reconnaître l'existence d'une obligation qui pèserait sur les associés, nonobstant la nullité de l'association, ce qui serait une grave inconséquence ; et cette interprétation paraît d'autant plus exacte qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une société pour l'exploitation d'un office d'agent de change, la moins défavorable des sociétés illicites, la première pour qui la jurisprudence ait admis que la liquidation devait être faite d'après les bases établies par l'acte de société. On ne comprendrait pas qu'un contrat frappé de nullité absolue fût obligatoire pour les associés à l'égard d'une personne quelconque. Si les tiers ont versé en réalité certaines sommes à la société

(1) Dalloz, 1860, 2; 89; Civ. rej., 13 mai 1862. D, P., 62, 1, 338.

apparente, ils ont seulement droit au remboursement de la part dont la communauté s'est enrichie : tout au plus faudrait-il admettre une exception au profit des acheteurs de bonne foi de titres au porteur émis par la société, lorsque le vice ne résulte pas du titre lui-même (Arg. Req. rej.. 4 juin 1878, D. P., 79, 1, 132).

On conçoit d'ailleurs difficilement qu'une société, réputée légalement inexistante, même pour le temps antérieur au jugement qui a prononcé la nullité, soit capable, en qualité de société, de s'engager valablement par son directeur, et que la déclaration de nullité laisse subsister des conventions passées entre les tiers et une association assimilée au néant.

Cette solution ne fait pas au reste difficulté, lorsque le tiers a connu ou dû connaître la nullité de la société, *volenti non fit injuria;* mais la distinction même que fait M. Pont (I, nº 50), en ce qui concerne les sociétés illicites, nous paraît inexacte, car quelle que soit l'opération intervenue entre la société apparente et un tiers, celui-ci est censé connaître le but de l'association qui a contracté avec lui. On invoque la bonne foi des tiers qui ont contracté avec une société apparente : sont-ils donc plus intéressants que l'associé, par exemple, dont la signature apposée à l'acte de société est le produit d'un faux matériel! Et d'ailleurs, si les tiers ont à souffrir un préjudice à l'occasion de la nullité, n'ont-ils pas le droit de réclamer des dommages-intérêts aux associés coupables?

La jurisprudence, dans un petit nombre de décisions rendues pour des sociétés en nom collectif ou en commandite simple, paraît manquer absolument de principe. Ces décisions sont toutes intervenues à l'égard de sociétés ayant pour objet l'exploitation d'un office, traitées sans

raison avec moins de rigueur que les autres sociétés illicites (1).

§ III. — *Communauté de fait. — Liquidation.*

Les sociétés frappées d'une nullité absolue, incapables, comme nous l'avons dit, de produire à l'égard des tiers aucune obligation, doivent être à plus forte raison réputées non avenues entre les associés, et la règle *Quod nullum est nullum producit effectum* leur est applicable dans toute sa rigueur. Si les choses sont encore entières au moment où la nullité est prononcée, c'est-à-dire si aucun apport n'a été réalisé et aucuue opération engagée, l'acte de société sera considéré comme n'ayant jamais existé et ne donnera lieu d'une part quelconque à aucune action. Mais cette hypothèse ne se présentera pas à l'égard des sociétés anonymes, parce que l'une des premières conditions préalables exigées par la loi pour leur constitution, est le versement du quart sur le montant de chaque action. Il faut donc supposer que les apports ont été effectués, et se demander alors si les actionnaires sont autorisés à réclamer la restitution des sommes qu'ils ont payées sur leurs souscriptions. Ceci ne fait pas difficulté lorsque la nullité résulte d'une autre cause que de l'objet illicite, et il est certain non-seulement que personne ne peut agir pour réclamer aux actionnaires les versements effectués, mais qu'ils ont le droit de reprendre *condictione indebiti* tout ce qu'ils ont versé, déduction faite des pertes qui peuvent être résultées des opérations sociales.

Dans l'hypothèse au contraire où la société est cons-

(1) Rennes, 9 avril 1851, D. P., 53, 2, 208; Lyon, 28 fév. 1853, D. P., 53, 2, 207; Paris, 7 mai 1862, D. P., 66, 2, 199.

tituée avec un objet illicite, quelques auteurs ont pensé que l'action en répétition ne doit pas être admise, parce que l'apport a, dit-on, sa cause dans la société illicite : « *Ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus* (1). » Mais on peut douter avec MM. Aubry et Rau (t. IV, § 378, note 9) que cette rigueur soit une juste application des principes du droit romain et de notre ancien droit sur la *condictio ob turpem causam*, et on peut invoquer à l'appui un exemple tiré des *Questions de Papinien* (L. 5, Dig., XII, 7), où l'action en répétition est accordée quoique la dation ait en apparence une cause illicite à l'égard des deux parties. Deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé veulent contracter mariage et la femme apporte des biens sous le nom de dot : Papinien se demande si la femme pourra exiger le remboursement de ce qu'elle a payé en vue de cette union qui constitue en réalité un *stuprum*. Or il accorde l'action parce que les biens ont été apportés avec l'intention de constituer une dot, et que le paiement a été fait sans cause plutôt que sur cause illicite, la dot n'existant pas en dehors du mariage. De même les actionnaires n'ont pas entendu transférer aux fondateurs la propriété des apports ; ils ont effectué des versements pour former une société à laquelle le fonds social devait appartenir comme un patrimoine distinct de celui des associés : dès lors, si la société, en raison du caractère illicite de son objet, se trouve légalement inexistante, les apports demeurent sans cause entre les mains de ceux qui les détiennent, ou plus exactement il n'y a pas d'apports proprement dits, il y a un paiement fait sans cause, puisque le but poursuivi qui était la création d'une société n'a pu être atteint.

(1) L. 3, D., *De condic. ob turp.* — Delamarre et Poitvin, *Tr. de dr. com.*, I, n° 51; Troplong, I, n° 105; Guillery, I, n° 258.

Il est incontestable, en effet, que le détenteur des mises les a reçues en la seule qualité de dépositaire : il est donc détenteur sans cause, et ceux qui agissent en répétition contre lui, bien loin d'invoquer l'existence de la société, fondent leur action sur la nullité de cette société et la non-réalisation de l'entreprise : de telle sorte que ce serait au contraire faire produire un effet à la convention illicite, si on refusait aux actionnaires le droit d'agir en répétition des versements effectués en vertu du pacte social. Enfin, quelle que fût la doctrine romaine ou celle de notre ancien droit, il faudrait un texte formel qui n'est pas dans le Code civil, pour nous imposer ce résultat inique, à savoir qu'une faute commune à plusieurs devienne pour les moins honnêtes et les plus habiles une source de profits au préjudice d'actionnaires imprudents et toujours moins coupables (1).

La difficulté devient plus sérieuse lorsque la société a fonctionné pendant un certain temps comme société de fait, et réalisé des bénéfices ou subi des pertes pendant cette période. Comment la situation sera-t-elle réglée entre les associés, après le jugement de nullité? Sur ce point, comme sur la question précédente, la discussion ne s'est élevée qu'à l'égard des sociétés illicites, car si la nullité est prononcée pour une autre cause, par exemple pour violation de l'art. 1855, il n'est pas douteux que la société de fait ayant existé entre les parties donne lieu à la liquidation du fonds commun et à la répartition des bénéfices ou des pertes de l'association *d'après les règles du droit commun.*

A l'égard des sociétés nulles à raison de leur caractère illicite, la plupart des auteurs ont pensé au contraire qu'il

(1) Delangle, n° 100; Molinier, n° 233; Bédarride, n° 26; Pont, II, n° 53, etc.

fallait interdire aux parties toute action, soit pour exercer la répétition de sommes payées en vertu de comptes arrêtés, soit pour réclamer une part dans les bénéfices (1). La jurisprudence admet théoriquement le même principe ; mais après avoir introduit certains tempéraments, d'abord au profit des sociétés formées pour l'exploitation d'un office d'agent de change, et plus tard d'un office ministériel quelconque, elle a fini par consacrer en pratique une distinction qui, sans aller aussi loin que celle proposée par Toullier (t. vi, n° 125), s'inspire des mêmes considérations d'équité. Si la société a été formée pour un objet illicite en lui-même, comme la contrebande et la fraude, on applique le principe, et les associés n'ont aucune action l'un contre l'autre pour faire apurer les comptes résultant de l'association (D. P., 1880, 2, 131). Mais lorsque la société a été créée dans un but d'intérêt licite en lui-même et se trouve illicite seulement quant à sa constitution, la nullité n'empêche pas que jusqu'au moment où elle est demandée par les intéressés « il ait pu y avoir entre les associés des rapports de fait qui doivent se régler, sans quoi l'un s'enrichirait aux dépens des autres, et qui par conséquent ouvrent à chacun d'eux le droit réciproque de se provoquer au partage de l'actif et du passif résultant des opérations qui auraient été faites en commun (Civ. cass., 15 nov. 1876, D. P., 77, 1, 70). »

Cette théorie a été consacrée par de nombreux arrêts ; et d'une manière générale on peut dire aujourd'hui que la jurisprudence se décide uniquement d'après le plus ou moins de défaveur attachée aux associations illicites. Ces hésitations procèdent, comme nous l'avons dit, de considérations d'équité, parce que le principe posé par la doctrine conduit logique-

(1) Pont, I, n° 54; Aubry et Rau, t. IV, p. 379, etc.

ment aux conséquences les plus iniques ; mais il est incontestable en droit qu'une distinction, quelle qu'elle soit, entre les diverses espèces de sociétés illicites, est contraire aux articles 1131 et 1133 du Code civil, qui déclarent la cause prohibée par la loi illicite au même chef et aussi incapable de produire un effet quelconque, que la cause contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

C'est pourquoi M. Laurent a douté de la légitimité d'un principe qui produit des effets inacceptables. Dans une argumentation qui nous paraît décisive, l'éminent professeur de Gand a exposé tous les motifs qui l'ont déterminé à penser que dans l'hypothèse même où la nullité résulte de l'objet illicite, la société de fait doit donner lieu à une liquidation et à la répartition des bénéfices et des pertes, *d'après les règles du droit commun* (1). L'action en règlement de comptes est fondée sur un fait seulement, sur le fait de la communauté, et non sur l'existence de la société : voilà, d'un mot, la base du système. Ce fait matériel qu'on ne peut pas supprimer, produit certains effets reconnus par tous les jurisconsultes ; notamment si les bénéfices ont été partagés avant le jugement de nullité, il est impossible d'annuler la distribution qui a été faite : « il faudrait pour cela anéantir toutes les opérations consommées, c'est-à-dire donner aux tiers qui ont traité avec les associés le droit d'attaquer des conventions librement consenties ; nous doutons, ajoute M. Laurent, que le principe de l'inexistence de la société illicite puisse être poussé jusqu'à cette conséquence : en tout cas, on ne l'a jamais proposé. » Ainsi le partage fait avant le jugement de nullité est maintenu : pourquoi décider autrement du partage fait après le jugement ou en vertu d'un jugement?

Notre savant maître, M. Molinier, dans son *Traité de droit*

(1) T. XXVI, nos 166 et 167.

commercial (n° 233), adopte pour un cas particulier la doctrine que nous présentons, et il l'expose très nettement : « si les choses acquises par un trafic illicite, dit M. Molinier, n'étaient possédées par aucun des associés, si elles ne devaient pas être confisquées, et si elles se trouvaient par exemple dans les mains d'un tiers qui offrirait de les remettre, on ferait abstraction de toutes conventions, *pour ne considérer les prétendus associés que comme se trouvant accidentellement en indivision par rapport à ces choses. Les tribunaux en ordonneraient entre eux le partage selon les seules règles de l'équité, et sans aucun égard aux bases qu'ils auraient arrêtées dans leurs accords.* » C'est absolument la solution appliquée par M. Molinier à une hypothèse spéciale, que nous généralisons. Si les prétendus associés ont une action *communi dividundo* quand les bénéfices sont aux mains d'un tiers, on ne voit pas comment ils en seraient privés par le seul fait que les choses acquises sont détenues par un des communistes.

Ce n'est pas l'article 1131 qui s'oppose à cette liquidation, car les bénéfices ne résultent pas de la société, puisqu'elle est assimilée au néant : il n'y a légalement ni apports ni bénéfices, il n'y a qu'une communauté de fait dont la liquidation est reconnue possible quant aux apports par la grande majorité des auteurs. Les profits et les pertes sont le produit de cette communauté, le partage doit en être aussi la conséquence : l'article 1131 est absolument hors de cause.

N'est-ce pas là, d'ailleurs, le système généralement admis à l'égard des intérêts communs que l'annulation d'un mariage, même pour cause de bigamie ou d'inceste, ne peut pas empêcher d'avoir existé entre les époux coupables? Il y a dans ces intérêts communs quelque chose d'illicite, puisque la communauté de fait est la suite d'un crime, et cependant le jugement qui prononce la nullité « ne saurait avoir pour conséquence, disent MM. Aubry et Rau (t. V, § 459),

d'anéantir les droits et les obligations attachés à l'union des époux considérée comme un simple fait, c'est-à-dire comme dépourvue du caractère juridique au point de vue duquel elle a été annulée ; » les rapports engendrés par la société de biens subsistent en fait malgré la nullité, et ils doivent être réglés par les principes ordinaires sur la liquidation des sociétés de fait. C'est la thèse que nous appliquons aux sociétés illicites. Il faut, en effet, bien remarquer ceci : d'après la jurisprudence, les associations illicites, celles pour qui elle admet la possibilité d'un règlement de comptes, doivent être liquidées suivant les conditions insérées dans l'acte de société, de telle sorte qu'un associé pourrait se prévaloir d'une clause lui attribuant une part plus considérable que celle des autres associés. Or, ce mode de liquidation fait produire à la société un effet important, malgré l'article 1131, et nous ne saurions l'approuver en aucun cas; d'ailleurs les nullités absolues agissent d'une manière rétroactive, et le contrat étant réputé légalement n'avoir jamais existé, les associés ne peuvent avoir aucune action en vertu de la société ; par conséquent le partage doit toujours se faire selon les règles du droit commun. Nous verrons plus tard que les nullités résultant de la loi de 1867, qualifiées nullités absolues, ne produisent pas un effet aussi radical, et que la société, nulle pour violation ou omission de l'une des formalités de cette loi, peut néanmoins être liquidée quant au passé sur les bases de l'acte de société.

Enfin, la thèse que nous venons d'exposer produit deux résultats importants : l'un au point de vue pratique, l'autre à un point de vue théorique et général. Elle empêche d'abord que celui qui détient les bénéfices gagne plus à une société illicite qu'il n'aurait gagné à une société licite, ce qui est la conséquence du système contraire, et devrait suffire à le faire condamner, en vertu de ce principe de morale et

de droit formulé par Ulpien : « *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (L. 134, Dig., L, 17). » L'autre résultat est de rétablir l'harmonie entre les effets des nullités absolues ; quelle que soit, en effet, la cause d'où procède la nullité, il est certain que la société ne peut produire aucun effet, mais il y aura lieu, dans tous les cas, suivant nous, de procéder à sa liquidation d'après les règles qui gouvernent les sociétés de fait, et abstraction faite absolument des clauses particulières insérées dans le pacte social sur la répartition des bénéfices ou des pertes. Nous avons dit que la jurisprudence a créé à cet égard des distinctions qui ne sont pas dans la loi.

§ IV. — *Responsabilité à l'égard des créanciers et des actionnaires.*

La responsabilité se lie naturellement à la matière des nullités : « Elle prend sa source, dit M. Solon, dans cette règle d'équité qui veut que chacun soit responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par son imprudence ou par sa négligence. » Ce n'est pas à dire cependant que la responsabilité soit une conséquence nécessaire et inévitable de la nullité; il n'y a responsabilité que si la faute a été dommageable, et dans le cas même où la nullité résulte d'un dol, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, aux termes de l'article 1151, que *ce qui est une suite immédiate et directe* de la faute ou du dol.

La responsabilité peut exister à l'égard des créanciers et à l'égard des actionnaires; mais, dans toute hypothèse, il faut que le préjudice éprouvé soit le résultat certain de la nullité. Nous supposons, par exemple, une société créée pour une exploitation industrielle dans un pays lointain ; tout

le matériel est englouti dans un naufrage et la société déclarée en faillite ; cette société se trouve en même temps nulle pour défaut de cause, parce que la concession nécessaire pour l'entreprise a été refusée aux fondateurs. Les actionnaires et les créanciers peuvent-ils se prévaloir de la nullité pour dire à ces fondateurs : vous devez nous indemniser de toutes les pertes, car si vous aviez retardé la fondation de la société jusqu'au jour où elle aurait pu avoir un objet certain, le préjudice eût été évité ? Nous ne pensons pas que ce raisonnement fût accepté par les tribunaux français, si indulgents d'une manière générale sur la question des dommages-intérêts, la nullité n'étant pour rien la cause des pertes, puisqu'elles résultent toutes, dans notre hypothèse, du fait seul d'un naufrage. L'article 1151 s'oppose à ce que les fondateurs ou autres associés auxquels la nullité est imputable, soient déclarés responsables et tenus d'indemniser les actionnaires et les créanciers d'un préjudice ayant une autre cause que la nullité.

Lorsque la responsabilité a été encourue, l'indemnité doit comprendre seulement la réparation du préjudice qui est la suite immédiate et directe de la nullité, même dans le cas de dol, qui est l'hypothèse où l'évaluation des dommages est la plus large (art. 1150). Ceci ne fait aucun doute, et nous pouvons citer, comme application de ces principes, un arrêt de la cour de Paris, du 14 avril 1883 (1), rendu à l'occasion d'une société anonyme nulle pour défaut d'apports et non-contribution aux pertes : la cour a jugé que les dommages-intérêts alloués au syndic de la faillite devaient être fixés par état, et, par conséquent, elle a reconnu, malgré les circonstances défavorables de la cause, que la nullité ne devait pas profiter indistinctement à tous les associés et

(1) *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 361.

qu'elle ne s'étendait pas nécessairement à tout le passif social. Le même arrêt prononce la solidarité entre les fondateurs pour le paiement des dommages-intérêts : les juges peuvent, en effet, la prononcer, sinon en vertu d'une disposition spéciale de la loi, mais à cause de l'impossibilité de déterminer la part que chaque fondateur coupable a dans la nullité : *unusquisque fraudis particeps, auctor est.* C'est donc l'indivisibilité du fait ou de la faute qui engendre une obligation solidaire ; mais si le préjudice résultant de l'action de chacun peut être constaté et apprécié, la réparation devient divisible, et les tribunaux ne devraient pas prononcer la solidarité, à moins que la cause de la nullité ne fût en même temps un délit criminel ou civil.

Nous avons tenu à exposer brièvement les principes du droit commun sur la matière des dommages-intérêts, parce que nous aurons à ce sujet des rapprochements intéressants à faire dans les décisions de la jurisprudence, à l'occasion des nullités résultant de la loi de 1867, réservant pour ce moment d'autres développements sur quelques questions aussi relatives à la responsabilité.

§ V. — *Prescription de l'action en nullité.*

L'action en nullité, comme toutes les actions, tant réelles que personnelles, est, d'une manière générale, couverte par la prescription de trente ans, lorsqu'il s'agit d'un acte non susceptible de confirmation, ou par le délai de dix ans, aux termes de l'article 1304, sur le fondement d'une confirmation tacite et d'une renonciation présumée. Mais à l'égard des nullités absolues de droit commun, aucune prescription ne peut atteindre l'action en nullité, parce que ce qui est légalement inexistant ne devient pas valable par l'effet d'un laps

de temps quelconque (1). Une société est organisée, mais les mines sur lesquelles elle repose n'existent pas ou du moins elle n'en a pas la concession : cette société est frappée d'une nullité de non-existence faute de cause, et on ne comprendrait pas que la prescription la plus longue puisse avoir pour effet de détruire ce vice. « Une cause illicite, disait le tribun Jaubert, celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, vicierait tellement la convention, qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable : il n'y a pas eu de contrat. Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation ; ce ne serait pas non plus un contrat. »

Ainsi, l'action en nullité dérivant de l'une des causes que nous avons dites reste ouverte en principe, même après trente années ; mais indirectement elle peut se trouver éteinte dans la personne de certains associés ou de créanciers, parce qu'ils n'ont plus intérêt à s'en prévaloir. En effet, lorsque le contrat manque d'une condition substantielle ou qu'il est affecté dans l'un de ses éléments essentiels d'un vice capital, ce n'est pas seulement une action en nullité proprement dite qui appartient aux intéressés, ils ont le droit d'agir directement en revendication ou en répétition de ce qu'ils ont donné, et cette action est soumise à la prescription trentenaire qui peut être opposée, « non comme effaçant le vice d'une convention dont la loi ne reconnaît pas l'existence, mais comme ayant pour effet d'éteindre toutes les actions, quelles qu'elles soient, tant réelles que personnelles (2). » Les associés qui seront privés par cette prescription de la faculté d'agir en répétition seront, par conséquent, déchus du droit de provoquer la

(1) Dalloz, *Repert.*, *Obligat.*, n° 2862 et suiv.

(2) Le Roux de Bretagne, *Nouveauté traité de la prescription en matière civile*, n° 1131.

nullité, car l'intérêt est la base de l'action, et un simple particulier à qui l'acte nul ne cause aucun préjudice n'a pas qualité pour proposer une nullité même d'ordre public. Dans tous les cas, l'exception est perpétuelle, et l'exécution du pacte social ne pourrait être poursuivie après trente ans, non plus qu'après un délai quelconque.

Nous verrons plus tard la différence qui sépare, à notre avis, au point de vue de la prescription, l'action en nullité résultant de la loi de 1867 de l'action dérivant des nullités absolues de droit commun.

CHAPITRE II

NULLITÉS RELATIVES

Les nullités relatives résultent des vices du consentement et de l'incapacité. Ces nullités n'empêchent pas que le contrat ait une certaine force, et, à la différence des nullités absolues, elles n'ont effet que sur la demande de ceux en faveur desquels elles ont été établies.

Les vices du consentement sont l'erreur, la violence et le dol, auxquels le législateur a joint la lésion qui peut, dans certains cas, détruire l'effet du consentement.

Section I. — CAUSES DE NULLITÉS.

§ I. — *Erreur sur la substance.*

Nous n'avons pas à revenir sur l'erreur destructive du consentement, cause de nullité absolue dont il a été question dans le chapitre précédent. L'erreur, telle que l'a prévue le Code civil, rend seulement le contrat annulable, et, aux termes de l'art. 1110, elle n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en fait l'objet. L'erreur sur la personne n'est pas une cause de nullité dans les sociétés anonymes, parce que le crédit des capitaux est absolument substitué dans ces sociétés au crédit personnel des associés.

Les qualités constituant la substance sont celles qui, n'étant pas susceptibles de plus ou de moins, font passer l'objet dans telle ou telle espèce : « *Nullam esse venditionem puto*, dit Ulpien, *quoties in materia erratur* (L. 9, § 2, Dig., 18, 1). » En matière de sociétés, la pratique ne paraît avoir jamais eu à s'occuper de l'erreur que comme suite du dol. Cependant on peut imaginer des hypothèses dans lesquelles l'erreur serait la seule cause de nullité, par exemple le cas d'une société formée pour l'exploitation de prétendues mines d'or qui seraient en réalité des mines de cuivre.

L'erreur de calcul dans l'évaluation des apports en nature ou des avantages particuliers ne peut jamais autoriser un recours après l'approbation de l'assemblée générale, parce qu'elle se confond dans la plupart des cas avec la lésion. La valeur est une qualité essentiellement variable, susceptible de plus ou de moins, c'est-à-dire une qualité *non substantielle*, dont l'appréciation a paru si difficile au législateur qu'il a, pour ce motif, refusé en 1856 d'insérer dans la loi sur les sociétés en commandite le principe d'une action en dommages pour lésion. Est-il possible d'accorder une action en nullité là où le législateur a formellement repoussé un simple recours en responsabilité? Tout au plus serait-elle admissible dans le cas où l'erreur est assez grave pour compromettre absolument les bases du contrat (1).

L'erreur de droit, comme l'erreur de fait, peut vicier le consentement et devenir une cause de nullité, sous la même condition de porter sur la substance du contrat. On s'est demandé, par exemple, si des individus associés sous la forme d'une société anonyme ou en commandite, pour faire des opérations constituant la matière d'une société civile,

(1) Cpr. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 143; Pont, II, n° 1017. — Nancy, 15 mai 1869, Sirey, 69, 2, 179.

pouvaient demander la nullité de cette société sous prétexte qu'ils avaient cru contracter une société commerciale. Il est incontestable qu'une erreur de cette nature n'est pas une cause de nullité, parce que les commanditaires ou les actionnaires d'une société civile peuvent revendiquer la limitation de la responsabilité à leurs mises. Mais on a prétendu qu'ils devaient se trouver obligés, malgré la forme commerciale, d'après les règles relatives aux sociétés civiles, c'est-à-dire être indéfiniment engagés envers les tiers, et, s'il en était ainsi, les actionnaires pourraient demander la nullité de la société pour erreur sur la substance, parce que le propre de la société en commandite ou anonyme commerciale est que les bailleurs de fonds ou les actionnaires ne soient pas tenus au-delà de leurs apports.

§ II. — *Violence.*

La violence est une cause de nullité, parce qu'il est de l'essence du consentement d'être libre. En ce qui concerne les sociétés anonymes, nous ne devons mentionner cette cause que pour mémoire, car en admettant même qu'un actionnaire eût été déterminé par crainte à souscrire, le vice résultant de la violence affecterait l'engagement de ce souscripteur, mais ne porterait pas atteinte à la validité de la société. Il faudrait, pour la nullité du contrat, que la violence, comme l'erreur ou le dol, eût existé dans la formation même de la société, ce qui paraît absolument impossible.

§ III. — *Dol.*

Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles

qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (Art. 1116). Les principes du droit commun en matière de dol s'appliquent rigoureusement au contrat de société : « *relatum est apud Labeonem*, dit Ulpien, *si minor circumscriptus societatem coierit, nullam esse societatem, nec inter majores* (L. 16, § 1, Dig., IV, 4). » Mais à l'égard des sociétés par actions, il faut nettement préciser l'hypothèse, car le dol peut s'y manifester sur deux points, à savoir dans la formation même de la société et dans le contrat accessoire de souscription. Le dol pratiqué contre les souscripteurs est une cause de nullité de leur engagement, s'ils ont été réellement déterminés par les allégations mensongères des fondateurs (1), mais il n'entraînera pas ordinairement la nullité de la société, à moins qu'il n'ait été général et qu'il ne soit de nature à compromettre les bases du contrat.

Lorsque le dol existe dans la constitution de la société, c'est le contrat principal qui est vicié et la nullité du tout ne fait pas de doute. Il arrive par exemple assez fréquemment que pour éviter la vérification des apports en nature, l'indivision est simulée par les fondateurs qui forment entre eux seulement la société et peuvent ainsi majorer à leur gré les apports : cette fraude constitue certainement un cas de nullité.

L'avant-dernier alinéa de l'art. 4 de la loi de 1867 a réservé expressément l'action en nullité dans le cas où l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers aurait été obtenue de l'assemblée générale à l'aide de manœuvres frauduleuses. « Les principes du droit commun, dit le rapporteur de cette loi, suffisaient pour sau-

(1) Lyon, 29 juin 1855, Lehir, *Mém. du com.*, 1855, p. 474; — Paris, 28 mars 1854, *Ibid.*, 1854, p. 361; — Req. rej., 14 juillet 1862, Sirey, 62, 1, 429.

vegarder les droits des actionnaires, car la fraude fait exception à toutes les règles, et une approbation ne peut la couvrir qu'autant qu'elle a lieu en connaissance de cause; mais la disposition prévient toute équivoque, » et avertit les actionnaires qu'ils ne sont pas privés de cette voie de droit commun. Toute espèce de finesse ou de tromperie ne suffit pas d'ailleurs à constituer le dol civil : ainsi, des espérances exagérées, conçues et exploitées par les fondateurs, des promesses vagues propres à faire naître un excès de confiance dans le succès des opérations de la société ne seraient pas une cause de nullité. Il faut des manœuvres directes et personnelles, des allégations mensongères propres à exercer une influence décisive sur l'esprit des contractants ; il faut, en un mot, que le dol ait été le motif déterminant de la convention : « *ea sola dicta sive promissa admittenda sunt, quæcunque sic dicuntur, ut præstentur, non ut jactentur* (L. 19, § 5, D., *De ædil. edicto*, xxi, 1). »

§ IV. — *Lésion.*

La simple lésion qui n'est ni le résultat d'une erreur de la partie lésée, ni l'effet d'un dol commis par l'autre partie, n'est pas ordinairement une cause de nullité des conventions, et, aux termes de l'art. 1313, les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions exprimées par les lois : cette exception n'a pas été faite pour le contrat de société, quoiqu'il dût être très favorable, l'égalité étant de l'essence de ce contrat.

L'action en rescision pour cause de lésion, dans les cas où elle existe, a son fondement, comme l'action de dol,

dans une action en dommages, la lésion, bien moins encore que le dol, n'étant pas de nature à vicier, dans son principe, le consentement. Le projet de loi sur les sociétés en commandite par actions, présenté au Corps législatif en 1855, et qui est devenu la loi du 17 juillet 1856, introduisait au profit de tout intéressé une action en dommages-intérêts pour lésion d'outre-moitié dans l'évaluation des apports approuvée par l'assemblée générale des actionnaires. Cette disposition souleva les plus vives critiques, et l'article 7 du projet de loi fut repoussé à l'unanimité par la commission du Corps législatif. Cependant l'Exposé des motifs avait répondu d'avance aux objections que souleva la proposition et qui furent résumées dans le rapport de M. Langlais.

Sans doute le rapporteur de la commission avait raison de dire que, malgré la légèreté parfois bien grande des souscripteurs, il est pourtant impossible que la loi les considère comme des mineurs ; mais, entre majeurs, l'action résultant de la lésion existe déjà en matière d'acceptation des successions dans le cas exceptionnel de l'art. 783; elle a lieu dans les partages entre cohéritiers; elle a lieu au profit du vendeur dans les ventes d'immeubles; enfin elle a lieu dans les partages entre coassociés : ainsi au point de vue juridique, il ne s'agissait pas d'introduire une action nouvelle dans notre droit, mais d'étendre seulement cette action à un cas nouveau, dans un contrat où elle est déjà admise sur un autre point, et cette innovation se justifiait fort bien parce que le contrat de société, comme le partage, est plus spécialement soumis au principe de l'égalité.

On a craint surtout que l'action résultant de la lésion devînt une source de procès difficiles, interminables, avec enquêtes et expertises, et sans grande apparence d'arri-

ver jamais à une appréciation exacte de la lésion. Cette crainte est peut-être exagérée. « L'appréciation se fera toujours, disait l'Exposé des motifs, eu égard à l'état des choses au moment où l'apport sera entré dans la société. Les magistrats sauront bien qu'ils doivent tenir compte des changements survenus et faire la part des circonstances. En second lieu, il ne s'agira pas de rechercher une exagération peu considérable ; elle devra être de plus de moitié. Dans de telles proportions l'appréciation est bien moins difficile. Enfin, dans les partages, on est obligé et l'on parvient à estimer le même objet avec exactitude, puisque la lésion de plus du quart donnerait naissance à l'action en rescision. Pourquoi ne serait-on pas aussi heureux ou aussi habile dans les actes de société ? Tous les jours enfin le jury d'expropriation règle les indemnités dues pour les fonds de commerce, des achalandages, des établissements industriels ; l'application de la loi ne rencontrera donc pas des obstacles insurmontables. Dans le doute au surplus les évaluations faites par les actes de société seront maintenues par les tribunaux (1). »

La commission extra-parlementaire chargée de réviser la loi de 1867 a adopté une résolution qui admet un recours en dommages pour cause de lésion. Sur sa proposition, le nouveau projet de loi contient les dispositions suivantes : « *Sur la demande d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social, les actionnaires primitifs, libérés au moyen d'apports en nature, pourront, pendant trois ans à partir de la constitution définitive de la société, être condamnés à des dommages-intérêts envers elle, s'il est établi que la valeur des apports n'atteignait pas la moitié*

(1) Duvergier, *Coll. des lois*, 1856, p. 317.

de leur évaluation. Cette action ne pourra pas être exercée par les porteurs d'obligations... (Art. 12). »

§ V. — *Incapacité.*

L'incapacité est une cause de nullité relative dont il n'y a pas à se préoccuper beaucoup pour les sociétés anonymes, et le seul point à examiner est justement de savoir si cette nullité peut produire effet dans ces sociétés quand un incapable s'est rencontré parmi les premiers souscripteurs. Celui-ci peut faire annuler sa souscription, son droit ne va pas au-delà, et, d'après les principes du droit commun, la validité de la société n'est pas compromise par cette annulation. Mais, en vertu des dispositions de l'art. 1er de la loi de 1867, tout intéressé ne pourrait-il pas dans cette hypothèse demander la nullité de la société pour ce motif que les actions ayant appartenu à l'incapable et pour lesquelles il a été restitué, n'ont pas été souscrites en réalité, et que le versement du quart n'a pas été effectué sur ces actions? Cette demande ne nous paraît pas admissible : la loi du 24 juillet 1867 a voulu assurer à la société des actionnaires sérieux, mais elle n'a pas pu vouloir obliger les fondateurs à une enquête sur la capacité de chaque souscripteur. L'annulation de l'engagement produit, à l'égard de l'incapable, un effet rétroactif, en ce sens qu'il est dispensé d'effectuer les versements ultérieurs et qu'il sera remboursé des paiements effectués ; mais la rétroactivité ne supprime pas le fait de la souscription et du versement par l'incapable, et ce fait empêche la nullité de la société. Ainsi d'aucune manière, ni directement ni par voie réflexe, l'incapacité n'est, à notre avis, une cause de nullité dans les sociétés anonymes.

Section II. — EFFETS DES NULLITÉS RELATIVES.

Les nullités relatives produisent *entre les associés* les mêmes effets que les nullités absolues, et, à ce point de vue, il n'y a pas de différence entre les conventions annulables et les conventions nulles de non-existence. Les actionnaires sont autorisés à réclamer la restitution des versements effectués, et par conséquent dispensés d'opérer les autres versements. L'annulation faisant en outre considérer l'acte comme n'ayant jamais existé, la société annulée ne vaut pas à titre même de *société* de fait, et les rapports à liquider doivent être réglés, non d'après les bases établies par l'acte de société, mais d'après les principes généraux de la *communauté*. Dans la société de fait, il y a un état de choses qui repose sur le consentement ; or ici, l'actionnaire excipe justement de l'absence de tout consentement.

Les observations que nous avons présentées à l'occasion des nullités absolues sur la responsabilité des fondateurs ou associés coupables, s'appliquent également sans modification aux nullités relatives. Il suffit de rappeler que le dol et la violence constituant des délits civils, lorsque la nullité aura été prononcée pour l'une de ces causes, la condamnation des auteurs du dol ou de la violence sera toujours solidaire. La jurisprudence va même plus loin : elle décide — et ceci s'applique à la nullité pour cause d'erreur — que le préjudice causé par la réunion de plusieurs quasi-délits doit être solidairement réparé par leurs auteurs, lorsque le résultat en est indivisible, *soit que le dommage procède tout entier de chaque coauteur à cause de l'identité des actes qui leur sont imputables, soit parce qu'il est impossible de déterminer la part que chacun a prise aux actes qui en sont la cause* (1).

(1) Req. rej., 20 juillet 1852, D., 52, 1, 248; — Req. rej., 12 janvier 1863, D., 63, 1, 302.

Des différences caractéristiques existent cependant entre les effets des nullités absolues et ceux des nullités relatives. Ces différences tiennent à la nature diverse de chacune de ces espèces de nullités, les unes imprescriptibles et ouvertes à tous les intéressés, les autres susceptibles de ratification, et dont on a pu dire avec raison qu'elles sont moins des nullités proprement dites qu'une faculté donnée à certaines personnes de faire annuler un acte inattaquable pour tout autre. Nos observations porteront sur trois questions importantes qui résument d'une manière complète tous les effets des nullités relatives.

§ I. — *Qui peut se prévaloir de la nullité ?*

Lorsque le contrat de société est nul de non-existence, toute partie ayant intérêt à proposer la nullité est recevable à le faire : le défaut d'intérêt est la seule circonstance qui permette au juge de repousser la demande. Les nullités relatives constituent au contraire un véritable privilège au profit de ceux dont le consentement a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol, c'est-à-dire au profit des associés, et eux seuls exclusivement peuvent se prévaloir de la nullité : ni les fondateurs, ni les créanciers ou autres intéressés ne peuvent l'invoquer, il dépend des associés que l'acte soit annulé ou maintenu. Cependant si la nullité avait pour cause une erreur réciproque des parties, l'action en nullité appartiendrait aux fondateurs comme aux actionnaires. Il est à remarquer d'ailleurs, dit M. Solon (II, n° 74), « que le privilège qui résulte d'une nullité relative est épuisé par la demande et par le jugement qui y fait droit ; que dès ce moment l'égalité se rétablit entre les parties ; que leurs droits sont déter-

minés par le jugement, et que l'une, pas plus que l'autre, ne peut avoir le privilège de se soustraire à ses dispositions. Le jugement, d'ailleurs, est un acte de l'autorité publique qui, bien que n'ayant pu être provoqué que par une partie, appartient évidemment à tous quand il a été rendu ; et ce n'est que par la volonté de tous les intéressés, et par un nouvel accord, qu'il peut être modifié dans ses dispositions. »

Il est incontestable que les créanciers personnels des associés n'ont pas qualité pour agir de leur chef en nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dont leur débiteur aurait été victime ; mais on est allé plus loin et on a soutenu que ces créanciers ne pouvaient pas même exercer l'action en nullité par la voie réflexe de l'article 1166. Celui qui a contracté, dit Toullier (t. VII, n° 566), peut seul savoir s'il a ignoré tel ou tel fait décisif, et même s'il n'eût pas contracté nonobstant la connaissance de ce fait ; celui qui a consenti peut seul dire si son consentement a été libre ou forcé, s'il a cédé à l'impression de la crainte ou à la détermination d'une volonté réfléchie ; si les artifices employés contre lui l'ont entraîné à consentir ou s'ils n'ont pas eu sur lui d'influence sérieuse. Sans doute les associés victimes de l'erreur ou du dol sont beaucoup mieux à même que leurs créanciers d'expliquer les manœuvres employées pour déterminer leur volonté ou de fournir la preuve de l'erreur; mais les difficultés que doivent éprouver les créanciers ne sont point une cause d'exclusion et un motif pour leur refuser le droit de demander la nullité dans l'intérêt de leur débiteur, si les faits sont parvenus à leur connaissance et s'ils ont les éléments suffisants de la preuve. Il est évident que Toullier a confondu l'exercice de l'action et la manière de la justifier, substituant ainsi une question de fait à une question de droit. D'ailleurs si l'argument était fondé, la conséquence devrait être que ces sortes d'actions ne pour-

raient être ni transmissibles aux héritiers, ni cessibles à des tiers, ce que Toullier lui-même ne veut pas admettre. Le droit d'agir en nullité ne constitue donc pas un droit exclusivement attaché à la personne des associés, quoique les articles 2012 et 2036 disent de l'exception de nullité qu'elle est *purement personnelle*. C'est un droit purement personnel, en effet, mais en ce sens qu'il est donné aux associés en considération de leur personne, et que leur intérêt est la cause immédiate de ce privilège. Les demandes en annulation de mariage pour une cause de nullité relative sont exclusivement attachées, il est vrai, à la personne de ceux au profit desquels elles ont été ouvertes, mais il n'y a pas d'analogie nécessaire entre les nullités des conventions en général et les nullités de mariage, que le législateur a restreintes autant que possible, parce qu'il est de principe qu'il y a plus d'inconvénient à prononcer la nullité d'un mariage qu'à le maintenir, lorsqu'il n'existe pas d'empêchement absolu. Rien ne s'oppose donc à ce que les créanciers personnels des associés puissent, du chef et au nom de leur débiteur, poursuivre l'annulation de la société, et cette solution ne fait pas de doute (1).

On s'est demandé si le droit de provoquer la nullité pour cause d'erreur, de violence ou de dol, constitue au profit des souscripteurs un droit distinct des actions souscrites, ou bien si l'action en nullité se transmet de plein droit au cessionnaire des actions. Il est certain que le droit d'agir en nullité a une cause personnelle au souscripteur, et, par conséquent, le tiers qui a acheté les actions au cours du jour ne peut pas demander la nullité du chef de son vendeur. Celui-ci est présumé, en cédant son action, renoncer à se prévaloir,

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 312, note 47, et les auteurs qu'ils citent. — *Add.*, Solon, I, nos 465 et suiv.

même éventuellement, de l'erreur ou du dol dont il a pu être victime, s'il les connaît (1). Il est vrai que d'une manière générale la renonciation à un droit ne se présume pas : *nemo de jure suo demere censetur*, mais il n'en est pas de même de la renonciation aux moyens de nullité, parce que les nullités sont odieuses, et que les privilèges sont exceptionnels du droit commun. D'autre part, le cessionnaire n'entre pas si absolument dans la place du cédant qu'il soit autorisé à se prévaloir de tous les droits attachés à la personne de ce dernier, et notamment à exercer, sans une convention particulière, l'action en nullité, qui n'est pas un accessoire du droit cédé (2).

§ II. — *La nullité est-elle opposable aux tiers ?*

Les nullités relatives produisent *entre les associés*, comme nous l'avons dit, tous les effets des nullités absolues, et à leur égard elles rétroagissent jusqu'à l'origine même du contrat. Il est donc certain que l'exécution de ce contrat ne peut pas être exigée au nom de la société, et que la nullité a pour conséquence nécessaire au profit des actionnaires, soit de les dispenser de verser le complément de leur mise, soit même de les autoriser à réclamer la restitution des versements déjà opérés. Mais il n'en est pas de même dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux, car la nullité ne peut pas avoir effet au préjudice des tiers de bonne foi, devant lesquels la société s'est révélée comme régulièrement constituée, et qui ont acquis un droit sur ce qu'ils ont pu légitimement considérer comme leur gage. « A l'endroit de

(2) Req. rej., 25 janvier 1881, D., 81, 1, 252.

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 359 *bis*, note 49.

ceux-ci, dit M. Bédarride, dans son *Traité du dol et de la fraude* (n° 1062), le demandeur en nullité ne saurait décliner la responsabilité résultant des traités qu'ils auraient faits avec la société apparente... Rappelons-nous cette proposition de Pothier : un consentement, quoique surpris, n'en est pas moins un consentement obligatoire tant qu'il n'est pas rétracté. Comment, en effet, exiger que les tiers fussent plus clairvoyants que la partie et qu'ils soupçonnassent une fraude qu'elle a elle-même ignorée? C'est cependant ce qu'on leur demanderait si on leur refusait de faire valoir toutes les garanties sur la foi desquelles ils ont traité. »

Il ne faut pas oublier, en effet, que les actionnaires ne sont pas seulement engagés envers la société, mais se trouvent aussi directement obligés envers les créanciers sociaux, qui ont contre eux une action directe pour les contraindre à verser le montant de leurs actions. Les actionnaires ont contracté en même temps avec la société et avec les tiers : dans leurs rapports entre associés, tout est nul; mais pour quel motif annulerait-on l'engagement pris envers les tiers? Ceux-ci sont demeurés complètement étrangers au contrat de société; ils n'ont à se reprocher ni une faute ni une négligence, tandis que les associés ont eu au moins le tort de se laisser tromper. Lorsque le contrat est inexistant, on comprend que la nullité soit opposable aux tiers : le néant ne peut produire aucun effet. Mais quand il s'agit d'une nullité relative, un état de choses a existé qui reposait sur le consentement, puisque l'erreur, la violence ou le dol n'empêchent pas, comme le rappelait M. Bédarride, qu'il y ait eu consentement et que le contrat soit valable dans la rigueur du droit

Enfin dans l'hypothèse malheureusement la plus fréquente, celle où la nullité résulte du dol, il y a une disposition spéciale de la loi qui ne permet pas aux actionnaires de refuser aux créanciers le paiement intégral de leurs actions.

Le dol n'est une cause de nullité, aux termes de l'article 1116, qu'autant qu'il émane de l'autre partie contractante : par conséquent, les associés ne peuvent pas opposer cette cause de nullité aux créanciers agissant contre eux au moyen d'une action directe, et il a été jugé, en effet, plusieurs fois que le syndic d'une société en faillite peut demander aux actionnaires les derniers versements, quand bien même il serait établi qu'il a été employé vis-à-vis d'eux des manœuvres frauduleuses pour les déterminer à souscrire (1).

A l'égard du dol, il ne peut donc y avoir aucun doute ; mais la même solution ne nous paraît pas moins certaine, pour les raisons que nous avons dites, en ce qui concerne les nullités pour cause d'erreur ou de violence. Nous pouvons ajouter que, dans l'opinion commune, le dol n'a pas d'autres règles que la violence et l'erreur, et que, dans le cas notamment d'une aliénation, l'action en nullité produit ses conséquences à l'égard des tiers acquéreurs, ayants cause à titre particulier de celui qui a commis le dol. On peut, dit M. Colmet de Santerre, placer le germe de l'action en nullité pour cause de dol dans une obligation de dommages-intérêts, « mais il faut reconnaître que le législateur a fait de cette action une véritable action en rescision, qu'il s'est expliqué sur ce point, *et qu'on ne saurait faire une distinction entre cette rescision et les autres* (2). » Si donc la solution que nous avons présentée est certaine dans le cas de rescision pour cause de dol, on ne peut pas décider autrement pour les autres cas de nullité relative.

§ III. — *Prescription de l'action en nullité.*

Lorsqu'une société est frappée d'une nullité de non exis-

(1) Req. rej., 10 févr. 1868, D. P., 68, 1, 379; Paris, 26 avril et 9 mai 1877, D. P., 79, 2, 81; Paris, 14 févr. 1880, *J. Soc. civ. et com.*, 1880, p. 276.

(2) *Cours analytique*, t. V, n° 27 *bis*, III.

tence, le contrat ne peut être validé par aucune prescription, et les intéressés n'ont pas besoin, pour sauvegarder leur droit, d'invoquer la nullité dans un délai quelconque; l'action en répétition et les actions en règlement de comptes sont seules soumises à la prescription trentenaire. S'il s'agit au contraire d'une nullité relative, l'action pour la faire valoir devient elle-même prescriptible, et, aux termes de l'article 1304, elle ne dure alors que dix ans. « On sent, dit M. Solon (II, n° 462), que si toutes les actions... ont dû être soumises à la prescription, on devait, à plus forte raison, y soumettre l'action en nullité, qui est le plus souvent odieuse, et qui, lorsqu'elle ne l'est pas dans l'origine, finirait par le devenir si elle était exercée trop tard. »

Nous verrons dans la suite de cette Etude que les nullités résultant de la loi de 1867 n'étant pas susceptibles de confirmation, la prescription de l'article 1304 ne leur est pas applicable. Sans vouloir prétendre, en effet, que, dans tous les cas où la confirmation est possible, la prescription de l'article 1304 doive être admise, il est certain néanmoins que cette disposition repose sur une présomption de ratification tacite, d'où il résulte notamment que les dix ans ne commencent à courir que du jour de la découverte du dol ou de l'erreur, ou de la cessation de la violence.

La prescription ne s'applique d'ailleurs qu'à l'action en nullité, et l'exception reste indéfiniment ouverte à celui qui n'a pas exécuté ses engagements envers la société : « *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* » Ce système a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence.

DEUXIÈME PARTIE

NULLITÉS RÉSULTANT DE LA LOI DE 1867

CHAPITRE I

CAUSES DE NULLITÉ

La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, en affranchissant les sociétés anonymes de la tutelle administrative, les a soumises à une réglementation minutieuse et à une longue série de prescriptions, la plupart sanctionnées par la nullité de la société elle-même. Les unes, empruntées en grande partie aux lois de 1856 et 1863, sont relatives à des conditions de fond, à des formalités intrinsèques, jusqu'à l'accomplissement desquelles il est interdit de commencer les opérations sociales; les autres organisent, sous la même sanction, un système de publicité commun à toutes les sociétés commerciales, en remplacement de celui que le Code de commerce avait établi. A vrai dire, la loi de 1867 a simplement refondu sur ce dernier point les dispositions de l'article 42 du Code de commerce, et quelques auteurs en ont conclu que les nullités résultant du défaut de publicité n'ont pas les mêmes effets que les nullités résultant de l'ab-

sence de l'une des conditions constitutives intrinsèques. Cette distinction n'a pas de raison d'être, comme nous le démontrerons plus tard ; nous l'adopterons néanmoins pour l'exposé des causes de nullité, parce qu'elle correspond à une division matérielle des dispositions de la loi. Nous traiterons donc séparément des causes de nullité pour violation des conditions de fond et des causes de nullité pour non publication régulière. Ce sera l'objet de deux sections.

Section I. — NULLITÉS RÉSULTANT DE L'INACCOMPLISSEMENT DES CONDITIONS CONSTITUTIVES INTRINSÈQUES.

§ I. — *Emission des actions ou coupons d'actions à un taux inférieur au minimum légal.*

Les rédacteurs de la loi de 1856 et des lois postérieures, pour mettre un terme aux abus et aux scandales qu'avait engendrés la liberté de créer des actions, semblables par leur exiguité à des billets de loterie, ont établi un rapport obligatoire entre la valeur du capital statutaire et le taux des actions : le capital ne peut pas être divisé en titres ou coupures de moins de 500 fr. ou de 100 fr., suivant qu'il excède ou n'excède pas 200,000 fr. Cette condition est exigée au moment de l'émission, à peine de nullité : aucun événement ultérieur, ni la hausse des actions au-dessus du minimum légal, ni la réduction du capital social au chiffre de 200,000 fr., ne pourrait valider une société à l'origine de laquelle elle n'aurait pas été observée.

La même prohibition s'étend à l'hypothèse où les actions n'ont pas été évaluées en argent et constituent seulement des parts d'une égale quotité de l'avoir social. Les tribunaux

peuvent facilement apprécier, par la comparaison de la valeur du fonds social avec la fraction attribuée à chaque part, si la loi a été violée, et si chaque action de quotité ou chaque groupe indivisible de parts a une valeur moindre ou plus grande que le *minimum* légal (Req rej., 29 mars 1864, D. P., 65, 1, 59). En un mot, la règle est applicable à toutes les actions qui font partie du capital social, sous quelque dénomination qu'elles soient désignées. Les fondateurs sont libres d'émettre à un taux quelconque les actions créées en sus du capital, constituant simplement une charge pour les autres actionnaires qui leur cèdent une part des bénéfices éventuels : telles sont notamment les actions *industrielles*, qui ne donnent droit au partage des bénéfices qu'après le paiement des intérêts servis aux versements réels, et, à la dissolution, ne prennent part que dans l'excédant du capital statutaire.

Pour éluder cette première condition, les fondateurs ont eu quelquefois recours à la division du capital en séries à émettre successivement. Dans cette hypothèse, c'est au montant total des séries qu'il faut s'attacher pour reconnaître si l'émission peut être faite à un taux inférieur à 500 fr.

§ II. — *Défaut de souscription de la totalité du capital social.*

Avant la loi de 1867, les opérations des sociétés anonymes pouvaient commencer aussitôt qu'un certain nombre de souscripteurs s'étaient engagés. Mais les sociétés anonymes étaient soumises alors à la tutelle administrative, et le Conseil d'État exigeait en fait que la constitution définitive, de la société fût subordonnée, par les statuts, à la condition préalable de la souscription de tout le capital social. Cette condition existait déjà pour les sociétés en commandite par actions, et le

législateur de 1867, en la reproduisant de la loi de 1856, l'a étendue seulement aux sociétés anonymes, comme une conséquence naturelle de la suppression de l'autorisation gouvernementale. Chaque souscripteur est donc présumé d'une manière invincible avoir subordonné son engagement à la condition que le capital fixé dans les statuts serait entièrement souscrit. Rien n'existe à défaut de la souscription intégrale du capital et, par exemple, il a été jugé à l'égard d'une société qui devait naître de la fusion de plusieurs sociétés anciennes, que le projet de fusion reste purement provisoire et que chaque société conserve son existence propre, tant que le nouveau capital n'est pas entièrement souscrit et réalisé dans la proportion exigée par la loi (Paris, 24 mars 1859, D. P., 59, 2, 146 ; Cpr., Paris, 4 avril 1881, Sirey, 81, 2, 102).

L'engagement du souscripteur doit être certain ; une simple demande d'actions ne peut pas suffire à lier ce dernier et à le faire considérer comme actionnaire avant que la société lui ait fait connaître que sa demande était acceptée. Ainsi, le visa apposé à l'insu du souscripteur, sur la lettre de demande, par le banquier chargé de recevoir les souscriptions, ne suppléerait pas valablement à une déclaration d'acceptation, alors qu'un article des statuts autoriserait même ce procédé (1). A plus forte raison faut-il que les individus dénommés dans les états de souscription n'y aient pas été portés sans leur consentement : le versement effectif du quart sur le montant des actions attribuées à des souscripteurs fictifs ne saurait couvrir cette illégalité, s'il était établi en fait que toutes les actions n'ont pas été souscrites. Cette preuve peut notamment ressortir de jugements par lesquels les demandes en libération d'actions, formées par le syndic contre

(1) Paris, 22 janvier 1853, Dalloz, 54, 2, 258.

des souscripteurs prétendus, seraient repoussées parce que ces souscriptions n'existaient pas ; et comme il importe aux tiers qui traitent avec une société dont le capital n'est pas intégralement versé, d'avoir pour garantie du complément de ce capital, des souscripteurs réels, la nullité de la société ne saurait, dans ce cas, faire aucun doute (Trib. com. de la Seine, 16 mars 1883, *Le Droit*, du 4 avril).

D'autre part, l'engagement des souscripteurs doit être définitif et irrévocable, en ce sens que les souscriptions doivent être fermes et que les actionnaires ne peuvent se réserver par aucune convention la faculté de se libérer en abandonnant les versements effectués. D'une manière générale, toute condition affectant l'engagement des souscripteurs entraîne la nullité de la société, lorsqu'elle n'est pas de nature à pouvoir se réaliser avant la constitution définitive : ainsi, par exemple, la clause en vertu de laquelle les actionnaires, après avoir versé la moitié ou les trois quarts sur leurs actions, ne pourraient être poursuivis en paiement du surplus qu'autant qu'un bénéfice déterminé aurait été déjà réalisé (1). En un mot, le capital ne doit pas être exposé à disparaître lorsque les opérations sociales seront engagées. Ceci ne doit d'ailleurs s'entendre que de la condition stipulée par les statuts eux-mêmes et dès lors applicable à toutes les actions. La condition individuellement stipulée par quelques souscripteurs en dehors du pacte social, n'étant en aucun cas opposable à la société ou aux tiers, ne peut pas entraîner la nullité de la société, elle ouvre seulement à ces souscripteurs une action en dommages-intérêts contre les fondateurs (Paris, 9 mai 1868, D. P., 68, 2, 273).

La règle que la société ne peut pas être définitivement constituée avant la souscription de la totalité du capital

(1) Req. rej., 13 août 1863, Dalloz, 64, 1, 380.

social, doit faire déclarer absolument illégale la création d'actions de prime. Quelques auteurs adoptent la solution contraire par crainte d'exagérer les rigueurs de la loi (1). Cependant la création d'actions de prime est une violation de l'article 1er, puisque le capital n'est pas entièrement souscrit, ces actions étant attribuées gratuitement à ceux qui ont aidé à la formation de la société ou qui ont promis leur concours pour la faire prospérer. L'opération ne serait pas irrégulière si les actions de prime étaient délivrées en dehors du capital social et comme une charge imposée aux autres actionnaires : néanmoins faudrait-il, même dans cette hypothèse, que l'attribution de ces actions fût soumise à l'appréciation des deux premières assemblées générales (2).

On s'est demandé enfin si le capital social pouvait être réduit, avec l'assentiment unanime des intéressés, à la quotité réellement souscrite. M. Pont (n° 886) repousse ce procédé : suivant cet auteur, il faut nécessairement refaire l'acte de société, déterminer le chiffre du capital réduit et l'offrir de nouveau aux souscripteurs. Ce formalisme nous paraît exagéré, puisque les actionnaires sont, dans tous les cas, libres de refuser leur consentement à la réduction du capital, et que tout souscripteur qui n'accepterait pas cette réduction serait délié de son engagement ; mais il ne pourrait demander que la nullité de sa souscription et non celle de la société (3).

Nous pensons même que les fondateurs pourraient valablement insérer dans les satuts une clause portant que le

(1) Dalloz, Rép., v° Soc., n° 1182; Rivière, n° 33; Cpr. Req. rej., 20 févr. 1877, D. P., 77, 1, 201.

(2) Cpr. Vavasseur, n° 529.

(3) Paris, 28 mai 1872, *Bull. de la Cour de Paris*, n° 2671 (Cité par Vavasseur, p. 179).

capital pourra être réduit en vertu d'une décision rendue à la simple majorité des voix. Les souscripteurs sont présumés s'être donné par cette clause une sorte de mandat réciproque, mandat irrévocable, se rattachant à un contrat principal dont il forme la condition. En vain objecte-t-on que la masse des actionnaires souscrit ordinairement sans connaître le pacte social, et qu'il serait injuste de les engager par une clause subrepticement jetée dans les statuts : en droit, l'acte de souscription est une adhésion tacite à toutes les clauses présentées par les fondateurs (1).

§ III. — *Défaut de versement du quart.*

L'article 1er exige, après la souscription de la totalité du capital social, une autre garantie non moins sérieuse et efficace, le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Ce versement est, selon l'expression de M. Bravard-Veyrières, « une garantie de moralité ; c'est une garantie que ceux qui concourent à la formation des sociétés sont des souscripteurs sérieux, et non pas de simples joueurs à la hausse ou à la baisse ». Il fallait cependant éviter de nuire trop gravement à la circulation des capitaux et d'entraver la formation des sociétés : c'est pourquoi on n'a pas exigé le versement de la totalité du capital.

Le texte de la loi de 1867 ne prêtant pas au doute comme l'article 4 de l'ancienne loi de 1863, nous rappelerons simplement qu'il ne suffit pas de constater la présence en caisse d'une somme équivalente au quart du capital souscrit ; il faut que chaque actionnaire ait personnellement

(1) Vavasseur, n° 390; Lyon-Caen et Renault, n° 414; *Contrà*, Bédarride, *L.* 1867, n° 25.

libéré du premier quart les actions qui lui sont attribuées, sans que les versements plus importants faits pour le compte de quelques souscripteurs puissent suppléer ceux que d'autres n'auraient pas régulièrement effectués (Paris, 4 août 1882, *Gaz. des Trib.* du 16).

La première question à examiner est de savoir sur quelles actions le versement est dû. Il résulte tout d'abord des termes de la loi que le versement n'est pas exigé sur les actions attribuées en représentation d'apports en nature. Le projet de loi de 1856 et la loi elle-même de 1863 étaient formels à cet égard, puisqu'il n'y était question que de la réalisation *du quart au moins de la partie du capital social consistant en numéraire.* En 1867, le texte fut modifié pour indiquer plus clairement que le versement était dû sur chaque action, mais il resta entendu qu'il s'agissait seulement des actions souscrites. D'ailleurs les expressions de la loi de 1863 se retrouvent encore incidemment dans l'article 25 de la loi de 1867, qui ordonne, dans tous les cas, la convocation d'une assemblée générale après la souscription du capital social *et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire.*

On s'est demandé si une personne ayant effectué un apport en nature et souscrit en outre des actions, peut imputer une certaine somme sur la valeur de l'apport pour libérer du quart ses actions souscrites. Cette prétention ne nous paraît pas admissible : la situation de l'apporteur et celle du souscripteur sont indépendantes ; les souscriptions et les apports en nature sont deux éléments distincts du capital social qui n'engendrent pas les mêmes obligations : « Peu importe, dit M. Guillery (n° 510), que ces différentes obligations aient été contractées par la même personne ou par des personnes distinctes : cette circonstance n'en modifie pas le caractère, puisque les actions libérées comme prix

de l'apport sont complètement indépendantes des actions souscrites et que celles-ci ne sont en rien libérées. » La loi exige sur ces actions un versement en espèces ou en valeurs équivalentes : les souscripteurs ne peuvent pas libérer leurs actions par une dation en paiement.

Est-ce à dire que des apports en nature ne puissent représenter toujours et nécessairement qu'un nombre correspondant d'actions entièrement libérées, comme l'ont décidé quelques arrêts (1) ? Dans le sens de la nullité, on a prétendu que la loi de 1867 établit une distinction fondamentale entre les apports en nature qui, n'étant pris que pour leur valeur réelle, vérifiée et approuvée, représentent toujours un nombre correspondant d'actions entièrement libérées, et les actions en numéraire dont le quart seulement doit être versé préalablement à la constitution définitive de la société. Mais aucune distinction semblable ne se trouve en réalité dans la loi de 1867 ; or, par le seul fait que la loi ne défend pas expressément d'émettre des actions libérées pour partie en représentation d'apports en nature, il faut considérer cette opération comme licite, car le principe général est la liberté des conventions : *odia restringenda.* Ce procédé constitue même une garantie de plus en faveur des souscripteurs, car les fondateurs-apporteurs restent intéressés à la bonne administration de la société par l'engagement qu'ils ont pris de libérer complètement leurs actions. En vain objecte-t-on qu'il sera dès lors possible de restreindre beaucoup la souscription publique, ce qui facilitera aux fondateurs des combinaisons frauduleuses contre les futurs cessionnaires : il est des cas où la société se fonde entre les seuls propriétaires par indivis des apports en nature,

(1) Paris (1re Ch.), 4 avril 1881, Sirey, 81, 2, 102; Amiens, 8 juin 1882, Sirey, 83, 2, 134; *Contrà*, Paris, 18 févr. 1881 (Ch. correct.), Sirey, 81, 2, 97.

et la fraude est alors bien plus dangereuse, puisqu'il n'y a ni vérification contradictoire possible des apports ni appréciation de l'évaluation que leur ont donnée les statuts; cependant l'article 4 de la loi de 1867 consacre formellement ce procédé.

Ainsi la société peut, croyons-nous, attribuer, si bon lui semble, à un associé, pour un apport en nature, des actions partiellement libérées. L'hypothèse est bien différente de celle où un souscripteur voudrait effectuer au moyen d'une dation en paiement le versement du quart sur des actions souscrites. La dation en paiement serait contraire à la loi, tandis que la compensation entre le prix des apports et la valeur des actions attribuées aux apporteurs est possible, parce que la société n'étant définitivement constituée que par l'approbation des apports en nature, la compensation se trouve reportée à cette date, c'est-à-dire à un moment où les deux dettes sont liquides et exigibles (1).

Quand des actions attribuées en représentation d'apports en nature ne sont que partiellement libérées, la constitution de la société est-elle subordonnée au versement du quart de la partie de ces actions correspondant à un apport en numéraire? On attribue, par exemple, à un associé pour un apport de 500,000 francs, 2,000 actions de 500 francs libérées de moitié; il reste débiteur de 500,000 francs, sur ces actions, et on demande s'il est tenu de verser avant la constitution définitive de la société le quart de cette somme, soit 125,000 francs. La chambre correctionnelle de la Cour de Paris s'étant prononcée pour

(1) Lyon-Caen, note dans Sirey, 1881, 2, 97; — Guillery, n° 510 *quater*; — Vavasseur, n° 527; — Pont, n° 1008, etc. — Trib. com. de la Seine, 14 sep. 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 374; — Trib. com. de la S., 21 mai 1883, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 427.

l'affirmative dans un arrêt rendu à l'occasion de la Société des mines de Collo (1), l'opinion publique s'émut du bouleversement que devait produire cette jurisprudence dans le monde des sociétés, dont un grand nombre se trouvait ainsi menacé de nullité. Mais la première chambre de la même Cour, avec une autorité d'autant plus haute que son arrêt était une réfutation de la doctrine contraire, eut bientôt l'occasion de déclarer que la loi de 1867 ne prescrit, en aucune de ses dispositions, que la partie payable en numéraire, sur les actions attribuées en représentation d'apports en nature, soit soumise à la nécessité du versement du quart, et cette interprétation a été confirmée par un arrêt de cassation, en date du 15 février 1884, qui fixera sans doute la jurisprudence d'une manière définitive (2).

Le point de départ de l'erreur dans laquelle est tombée la chambre correctionnelle de la cour de Paris consistait à croire que le versement du quart est exigé comme une condition essentielle de la vitalité sociale, c'est-à-dire pour assurer à la société un fonds de roulement dès son début. Or, tel n'est pas en réalité l'objet de ce versement, qui n'a d'autre but que d'assurer à la société des souscripteurs sérieux. Comment le législateur aurait-il pu apprécier *a priori*, d'une manière générale pour toutes les sociétés futures, même proportionnellement au chiffre du capital social, le *quantum* des fonds nécessaires à leur existence. « En voulant un versement, le législateur n'a pas été guidé, dit M. Guillery (n° 510 *quater*),

(1) Paris, 18 févr. 1881, Sirey, 81, 2, 97; — Dans le même sens, Bruxelles, Cass., 8 novembre 1877, *J. le Droit*, 3 juin 1881; Paris (Ch. correct., 10 mai 1883, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 430.

(2) *Gaz. des trib.*, des 16 et 27 févr.; Paris; (1re Ch.), 28 avril 1883, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 412; Trib. com. de la Seine, *Ibid.*, p. 427; Cpr. Req. rej., 4 août 1882, *Ibid.*, p. 431 (en note).

par le désir de réaliser en caisse un vingtième du capital argent : les appels de fonds fourniront à la société ce qui lui est nécessaire. Ce versement, avant même que la société ne fonctionne, qu'elle n'existe, qu'elle n'ait une caisse, c'est une condition du contrat, mais ce versement n'est aucunement dicté par les besoins de la société. »

Il est certain, en outre, que le versement n'est exigé que sur le montant des actions souscrites, et il n'est pas possible de dire que les actions attribuées en représentation d'apports en nature soient des actions souscrites. Le quart de leur valeur n'est-il pas représenté d'ailleurs par les apports dont l'estimation a été faite et acceptée pour une somme égale? Il serait étrange que les apports en nature, pouvant entrer dans la composition du capital social et servir à la libération totale des actions, ne puissent pas servir aussi à leur libération partielle. Le plus qu'on pourrait exiger serait donc que la libération partielle des actions ne soit pas admise pour une somme inférieure au quart de leur valeur nominale.

L'article 4 de la loi de 1867 semble établir, il est vrai, une distinction entre la partie du capital représentée par les apports en nature et celle consistant en numéraire : d'où la cour de Paris, par une déduction rigoureuse, avait conclu que le versement du quart devait être exigé en numéraire, même sur les actions non entièrement libérées par les apports, pour la portion faisant partie du capital-argent. Mais la distinction établie dans l'article 4 entre le capital-apports et le capital-argent n'a d'autre but que d'écarter les apporteurs des assemblées appelées à délibérer sur la valeur de leurs apports, et il n'est pas possible d'en induire une modification quelconque des conditions de l'article 1er, qui n'exige pas le versement du quart sur les actions non souscrites. L'article 25, qui prescrit la convocation d'une assemblée générale postérieurement à l'acte qui constate la souscription du

capital *et le versement du quart de ce capital qui consiste en numéraire*, semble aussi procéder de la même distinction ; mais, d'une manière implicite, il se réfère purement et simplement aux prescriptions de l'article 1er, sans en restreindre ou étendre en quoi que ce soit les dispositions. En réalité, la loi du 24 juillet 1867 ne s'occupe pas des actions attribuées en représentation d'apports en nature : il suffit, en effet, de remarquer que cette loi exige le versement du quart du montant total de l'action, tandis que, dans le système de l'arrêt sur la société des mines de Collo, le versement en espèces varierait nécessairement suivant les cas, puisqu'il serait exigé seulement sur la partie non libérée des actions.

La commission extra-parlementaire de la révision de la loi sur les sociétés a voulu supprimer pour l'avenir toute controverse sur les points que nous venons d'exposer, et l'article 7 du nouveau projet de loi est ainsi conçu :

Les apports en nature peuvent être représentés par des actions libérées soit en totalité, soit en partie.

Dans ce dernier cas, ces apports peuvent, en vertu des statuts, servir à la libération partielle des actions et être imputés soit sur le versement du premier quart, soit sur les versements ultérieurs.

La loi de 1867 n'ordonne pas que le versement du quart soit effectué au moment de la souscription ; on ne peut même pas exiger, à peine de nullité, que le versement du quart précède la déclaration notariée : les versements peuvent être effectués jusqu'à la constitution définitive de la société, et jusqu'à ce moment la déclaration notariée du versement du quart peut être révisée et complétée, pourvu que le versement soit réellement effectué (Lyon, 11 août 1882, D. P., 83, 2, 121). Mais il faut reconnaître qu'un semblable procédé est dangereux, car si des souscripteurs se refusent plus tard au versement du quart, lorsqu'il en sera fait appel, il faudra

intenter contre chacun d'eux une action en résolution de la souscription pour inaccomplissement de la condition du versement, ou en paiement de la somme exigible, et, dans ce cas, mener à bonne fin l'exécution de la condamnation avant de pouvoir constituer définitivement la société. Pour éviter cette perte de temps et les frais qui sont la suite inévitable des procès, les fondateurs stipulent souvent dans les statuts que huit ou quinze jours, par exemple, après une mise en demeure infructueuse, la souscription sera considérée comme non avenue.

Le versement du quart doit être effectif et réel avant la constitution de la société ; on ne peut pas verser *en valeurs d'un recouvrement plus ou moins sûr, en factures, mémoires de travaux, quittances de prime de fondation ou autres titres ne pouvant pas être réputés de l'argent comptant* (Civ. cass., 11 mai 1863, D. P., 63, 1, 213). Mais cela n'implique pas que le paiement ne puisse être fait qu'en numéraire, et il n'y a pas de doute, en effet, qu'on puisse assimiler à un versement en espèces le paiement effectué *en valeurs d'un recouvrement incontestable et immédiat, telles que des billets de la Banque de France ou des bons du Trésor public payables à vue* (1).

La question se trouve donc ramenée à une simple appréciation de fait sur la qualité des titres qui sont fournis en paiement : ainsi, un chèque sur une banque, un billet à ordre payable au jour de la fondation de la société, un compte-courant avec le banquier chargé de recevoir les souscriptions, seront acceptés sans difficulté comme valeurs équivalentes à la monnaie, s'il a été fait honneur au chèque ou au compte-courant dès que la société a demandé les fonds (2). Il

(1) Paris, 28 mai 1869, D., 69, 2, 145; Civ. cass., 27 janv. 1873, D., 73, 1, 331.

(2) Lyon, 2 mars 1883, *Revue des Soc.* 1883, p. 357; Trib. com. de la

importe peu, d'ailleurs, que des souscripteurs n'aient été individuellement crédités vis-à-vis de la société du montant du premier quart de leurs souscriptions qu'après la réunion de l'assemblée générale qui a constitué la société, s'ils ont antérieurement effectué ce versement entre les mains du banquier chargé de recueillir les souscriptions, et si ce banquier affirme avoir reçu le montant du quart de chacune des actions souscrites par son intermédiaire (1). Il suffit, en un mot, que la société ait la disposition certaine et immédiate du montant du premier quart, et l'on ne saurait obliger les fondateurs, lorsqu'il s'agit de banques d'une solvabilité notoire, à s'assurer que les paiements ont été réellement effectués dans les caisses des divers établissements qui ont inscrit ces versements en compte-courant (2) : « *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis*, dit Ulpien, *ut nec scrupulosa inquisitio exigenda, scientia enim hoc modo æstimanda est : ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas, satis expedita sit ; neque delatoria curiositas exigatur* (L. 6, D., XXII, 6). » La loi n'interdit pas aux souscripteurs d'actions d'emprunter pour se libérer de leur engagement, et soit que l'actionnaire paie avec des fonds déjà disponibles entre ses mains, soit qu'il paie à l'aide de deniers qui lui sont prêtés à cet effet ou avancés par des tiers, le versement n'en est pas moins réellement effectué pour la garantie des intéressés (3).

Il faut admettre aussi, avec la jurisprudence, la com-

Seine, 12 avril 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 561; Trib. com. de la Seine, 21 mai 1883, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 427.

(1) Lyon, 11 août 1882, Dalloz, 83, 2, 121.

(2) *Contrà*, Lyon, 9 févr. 1883 (Aff. Banque Lyon et Loire), Dalloz, 83, 2, 113.

(3) Paris, 17 juillet 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 67, Cpr. Trib. com. de la Seine, 4 juillet 1882, *Gaz. des trib.*, du 6 juillet.

pensation légale comme équivalente au versement du quart, pourvu qu'elle ne couvre pas une simulation frauduleuse (1). La compensation ne peut s'accomplir que moyennant le concours de certaines conditions, et il faut notamment que la dette à compenser soit une dette liquide et exigible : en d'autres termes, le versement par voie de compensation légale est licite au cas seulement où cette forme de paiement peut procurer à la société, dès l'abord, le même avantage qu'un versement en numéraire, en la libérant de la somme exigible dont elle était tenue comme débitrice. Lorsqu'il est bien constaté en fait, par exemple, que le contrat par lequel les fondateurs ont acquis un immeuble au nom de la société, constitue réellement une vente et non un apport qui doive être vérifié conformément à l'art. 4, si le prix est immédiatement exigible, la compensation s'opère de plein droit avec le montant du quart des actions souscrites par le vendeur dans cette société (2).

Mais comment la compensation peut-elle s'opérer entre un actionnaire et une société qui n'étant pas encore constituée ne peut être ni créancière ni débitrice de cet actionnaire? La loi ne permet pas plus, a-t-on dit, à une société de contracter avant d'être constituée, qu'elle ne lui permet de se constituer avant que le versement des apports exigé par la loi n'ait été réalisé. — Cette objection ne nous touche pas.

« Nous voilà retombés, dit M. Demolombe, dans des subtilités indignes de la simplicité et de la dignité de la loi. Pourquoi la loi a-t-elle voulu que la société n'existât qu'après le versement? Pour qu'il fût constant que la société était née viable... Mais la loi n'exige aucun trait de temps

(1) Paris, 4 avril 1881, *J. Soc. civ. et com.*, 1881, p. 284.

(2) Paris, 28 mai 1869, Dalloz, 69, 2, 145; Civ. cass., 27 janv. 1873, D., 73, 1 331; Trib. com. de la Seine, 15 févr. 1883; *Rev. des Soc.*, 1883, p. 465.

entre le versement des apports et la formation de la société : un instant de raison suffit, ou, pour mieux dire, la simultanéité suffit : car entre une cause et son effet, il n'y a pas même nécessairement un instant de raison (1). » C'est donc à bon droit que la cour de Paris, dans l'arrêt célèbre du 28 mai 1869, a déclaré que les apports en nature dûment approuvés peuvent tenir lieu de versement, et, sur le pourvoi, cette doctrine recevait l'adhésion expresse de la Cour de cassation. Ainsi les sommes dépensées par un souscripteur avant la constitution de la société et dans son intérêt peuvent servir à effectuer le versement du quart, si les dépenses ont été vérifiées et approuvées selon les règles de l'article 4. A défaut de cette approbation, la remise de factures et mémoires acquittés n'est pas susceptible d'être compensée avec le montant du premier quart, parce que les créances auxquelles se rapportent ces quittances ne sont pas liquides (2). A plus forte raison, un actionnaire ne saurait se libérer du quart de ses actions au moyen d'une compensation avec sa créance contre une société ancienne que la nouvelle a justement pour objet de liquider, la valeur et même l'existence de cette créance étant peut-être contestables (Req. rej., 6 juillet 1870, Sirey, 71, 1, 80).

On s'est demandé si les statuts peuvent valablement réserver aux souscripteurs la faculté de faire le versement du premier quart autrement qu'en espèces ou en valeurs équipollentes, par exemple en effets de commerce ou en fournitures. La question est controversée ; mais en vérité elle ne nous paraît pas susceptible d'être résolue dans les termes où elle est posée. Des fournitures ou des travaux à faire peuvent

(1) Demolombe (sous Cass., 13 mars 1876, Dalloz, 77, 1, 49).

(2) Civ. cass., 11 mai 1863, D., 63, 1, 213; Paris, 13 janv. 1882, D., 83, 2, 73.

être considérés, en effet, comme un apport en nature, parce que l'assemblée générale peut en apprécier facilement la valeur. Au contraire, si on conserve aux mots leur sens naturel, des effets de commerce ou généralement des valeurs de crédit ne constituent pas la matière d'un apport en nature : d'ailleurs, ou ces titres valent de l'argent comptant, et dans ce cas ils opèrent directement comme le numéraire la libération du premier quart, ou les valeurs fournies sont d'un recouvrement incertain, et l'assemblée générale n'a pas les éléments nécessaires pour faire la vérification prescrite par l'article 4. Nous pensons donc que, malgré la clause des statuts autorisant le versement du quart en valeurs de crédit, ce mode de libération serait pour la société une cause de nullité, à moins que le recouvrement de ces valeurs n'ait été opéré avant la constitution définitive : décider autrement, c'est abuser de l'article 4 pour rendre vaine et illusoire la prescription de l'article 1er (1).

§ **IV.** — *Violation de la disposition relative à la déclaration notariée.*

Lorsque le capital est entièrement souscrit et après que les versements ont été effectués, les fondateurs doivent se présenter, à peine de nullité, devant un notaire pour déclarer que les prescriptions de la loi ont été observées. Le notaire atteste seulement que la déclaration a été faite, mais il n'est pas chargé d'en contrôler la sincérité et il n'en est pas garant : il est donc permis aux juges de faire prévaloir sur les déclarations des fondateurs les présomptions tirées des documents de la cause, sans méconnaître la foi due aux actes

(1) Cpr. *en sens divers :* Pont, II, n° 895; Lyon-Caen et Renault, n° 416; Vavasseur, n° 395 et suiv.

authentiques (Civ. rej., 30 déc. 1872, — Civ. cass., 27 janv. 1873, D. P., 73, 1, 331 et 333).

La déclaration notariée est ordinairement distincte de l'acte de société, car celui-ci précède l'appel aux souscripteurs, et la déclaration vient seulement après la souscription du capital et le versement du quart. Mais lorsque le capital a été souscrit et le quart versé par les personnes même qui fondent la société, rien n'empêche que les associés, étant tous fondateurs, constatent dans l'acte de société, s'il est notarié, l'accomplissement des deux conditions dont il s'agit (1). Si la société était formée par acte sous seing privé, la déclaration devrait être faite, dans tous les cas, devant un notaire : la loi l'a ainsi voulu pour plus de sincérité.

§ V. — *Non-annexion à la déclaration notariée de la liste des Souscripteurs, de l'état des versements effectués, etc.*

La loi prescrit d'annexer, comme pièces justificatives, à l'acte qui constate la déclaration des fondateurs : 1° la liste des souscripteurs ; 2° l'état des versements effectués ; 3° un double de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié et a été reçu par un autre notaire que celui qui a reçu la déclaration. Il n'est pas utile de dresser deux actes séparés pour la liste des souscripteurs et l'état des versements : cela résulte expressément des travaux préparatoires et de la discussion de la loi de 1867.

L'annexion de la liste des souscripteurs a pour but de prouver que la totalité du capital a été souscrite par des actionnaires sérieux et par le nombre d'actionnaires nécessaire pour la formation d'une société anonyme. C'est aussi, comme le faisait observer le rapporteur de la loi de 1856, un

(1) Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 135; Pont, II, n° 1128.

document important, en cas de poursuite des premiers souscripteurs, pour refus du paiement des actions. Le texte de la loi n'exige que la liste des souscripteurs, c'est-à-dire la mention de leurs noms ; rigoureusement aucune autre indication n'est indispensable : ainsi la non-indication des prénoms ne saurait constituer un grief sérieux, si elle n'a produit aucune confusion de personnes ni amené des refus de versement (Trib. com. de le Seine, 27 sept. 1883, Rev. des Soc., 1884, p. 37). Toute désignation collective entraîne la nullité de la société.

§ **VI.** — *Omission du dépôt de l'un des doubles au siège social.*

Les sociétés anonymes peuvent se former, depuis la loi du 24 juillet 1867, par acte public, ou par acte sous signatures privées. L'acte sous seing privé doit être fait en deux originaux, quel que soit le nombre des associés : l'un est annexé, comme nous l'avons dit, à la déclaration de la souscription du capital et du versement du quart, l'autre doit rester déposé au siège social. Ce dépôt, prescrit à peine de nullité, a pour but d'assurer la conservation de l'acte dans l'intérêt des actionnaires.

§ **VII.** — *Clause insérée aux statuts contrairement aux art.* 2 *et* 3.

L'article 2 est relatif à la négociation des actions; l'article 3 se rapporte à leur forme et aux versements restant à faire après le paiement du premier quart, effectué par le souscripteur primitif.

Les actions ne peuvent pas être négociées, c'est-à-dire transmises par les voies commerciales avant le versement du quart. Sous l'empire des lois de 1856 et 1863, qui exi-

geaient le même versement pour la constitution définitive de la société, la négociabilité des actions était soumise à la condition du paiement des deux cinquièmes, et cette différence de quotité entre les deux versements indiquait la volonté de subordonner la négociabilité des titres, à la constitution de la société. Un membre du Corps législatif avait demandé, dans la discussion de la loi de 1867, qu'il fût déclaré formellement que l'article 2 de la nouvelle loi devait être entendu dans le même sens; cet amendement fut repoussé sur l'observation qu'il était inutile : « l'économie de la loi, dans son ensemble, répondit le rapporteur, implique cette idée... Ce n'est que quand la société aura été définitivement constituée que la négociation pourra être faite (1). »

L'article 3 est relatif, dans sa première partie, à la conversion en titres au porteur, des actions qui, dans la période de formation de la société, sont nécessairement nominatives. Pour la validité de cette opération, la loi exige trois conditions : il faut d'abord que la faculté de conversion soit réservée dans les statuts constitutifs, il faut que toutes les actions soient libérées de moitié, il faut enfin que la conversion soit votée, après délibération, par l'assemblée générale. L'article 3 ne vise que les actions en numéraire, et rien ne s'oppose à la transformation des actions d'apport en titres au porteur avant que les actions d'espèces aient été converties par l'assemblée générale : il n'y a pas là une cause de nullité (2). Cette solution paraît contraire à l'esprit général de la loi, qui est de retenir les fondateurs dans la société, comme gage de solidité, mais elle se justifie par l'observation déjà faite, que la loi de 1867 ne s'est pas occupée des actions d'apport.

(1) Duvergier, *Coll. des Lois.*, 1867.

(2) Paris, 30 janv. 1882; trib. com. de Lyon, 13 juillet 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 42.

Suffira-t-il pour entraîner la nullité de la société, que des titres nominatifs soient convertis en titres au porteur avant leur libération de moitié, ou que des souscripteurs aient négocié leurs actions avant que toutes les actions de la société soient libérées du quart? Evidemment non (1).

De même, si une assemblée générale décidait, contrairement aux statuts et au deuxième alinéa de l'article 3, que la décharge des souscripteurs et cessionnaires aura lieu après le versement d'une portion inférieure à la moitié, cette délibération resterait sans effet, mais la validité de la société ne serait pas atteinte (Paris, 17 août 1878, *Le Droit*, du 20 août).

La question qui se pose est différente : il s'agit de savoir si le pacte social sera vicié tout entier par l'insertion d'une clause contraire aux articles 2 et 3, ou bien si la stipulation illicite doit être seulement réputée non écrite. M. Pont est opposé à la nullité : « d'après l'article 3 de la loi de 1867, dit le savant magistrat, les souscripteurs primitifs et les cessionnaires auxquels ils ont cédé leurs actions avant le versement de moitié, restent tenus au paiement du montant de leurs actions, pendant un délai de deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale qui a autorisé la conversion. *Pourtant, s'il était stipulé que le souscripteur qui cédera son action après le versement de moitié sera libéré du jour de la cession, et non pas seulement deux ans après la délibération de l'assemblée générale, la stipulation devrait être considérée comme vaine ou non écrite, et non comme constitutive d'une cause de nullité de la société* (2).»

Cependant les articles 7 et 41 de la loi de 1867 se réfèrent aux articles 2 et 3 comme aux autres articles, et

(1) Trib. com. de la Seine, 2 oct. 1882, *Gaz. des trib.*, du 16.

(2) Pont, II, n° 1235; *Contrà*, Vavasseur, n° 486.

ils prononcent, dans tous les cas de contravention, la nullité totale du contrat. La Cour de cassation avait consacré la même solution, dans une espèce antérieure à la loi de 1867. Il s'agissait d'une société dont les statuts avaient autorisé, peut-être pour éviter des droits d'enregistrement, la transformation d'un apport d'immeuble en une créance hypothécaire, par la substitution d'un certain nombre d'obligations aux actions attribuées en représentation de cet apport. Par l'effet de cette clause, l'un des souscripteurs pouvait donc, à son gré, changer sa qualité d'actionnaire en celle de créancier, et se soustraire à l'obligation de verser le montant intégral des actions : il n'y avait donc pas de doute que la société dût être annulée (1). Et cependant on aurait pu soutenir, sous l'empire de la loi de 1856, qu'il n'y avait pas nullité de la société, parce que l'article 3 de cette loi déclarait les souscripteurs responsables, *nonobstant toute stipulation contraire*. Or ces expressions, qui semblaient prévoir l'existence d'une clause illicite et n'y attacher d'autre conséquence que la suppression de la clause elle-même, n'ont pas été reproduites dans l'article 3 de la loi de 1867. Le rapport de la commission extra-parlementaire de 1882 dit expressément que les dispositions dont nous venons de parler sont sanctionnées par la nullité de la société dont les statuts seraient en contravention avec elles (2).

Nous allons même plus loin, car nous pensons que, si les articles 2 et 3 n'étaient pas sanctionnés expressément par la nullité, il y aurait lieu néanmoins de la prononcer, par application de la règle que les contrats à titre onéreux sont annulés pour le tout par une clause ou condition vicieuse. Il est vrai qu'un principe de droit plus général, un prin-

(1) Civ. rej., 22 novembre 1869, D., 70, 1, 23.

(2) Arnault, Rapport de la Commission, pp. 45 et 49.

cipe fondamental d'interprétation proclamé par tous les jurisconsultes, est qu'il faut tendre toujours à donner effet aux actes juridiques : « c'est l'esprit des lois, dit Domat, de donner à toutes sortes d'actes tout l'effet qu'ils peuvent avoir raisonnablement... C'est de ces principes qu'a été tirée la règle du droit canonique que ce qui peut valoir ne doit pas être annulé par sa liaison avec ce qui est nul (1). » Mais l'hypothèse des intentions multiples et conditionnelles, des actes comprenant plusieurs chefs et devant produire plusieurs effets, a été généralement considérée comme une exception au principe général et à la maxime *Utile per inutile non vitiatur*. D'Argentré, sur l'article 453 de la coutume de Bretagne, dit qu'on ne peut pas diviser un contrat, en exécuter une partie et en rejeter une autre, qu'il faut ou l'exécuter ou le rejeter en entier : « *Omnia pacta apposita subeunda et ferenda sunt, si eo uti velit, ex toto recusanda conditio contractus.* » Dans le même sens, MM. Aubry et Rau (§ 725, note 7) font remarquer que le principe du droit canonique n'est exact « qu'autant que les diverses dispositions renfermées dans un acte n'ont pas entre elles de liaison intime et ne sont pas les unes, soit la condition, soit la conséquence ou même simplement la suite des autres; » et examinant l'effet de la clause par laquelle les parties ont déclaré comprendre dans une société universelle la propriété de tous leurs biens présents et à venir, contrairement à l'article 1837, MM. Aubry et Rau se prononcent pour la nullité du contrat tout entier; de même ils décident que la nullité résultant de la convention léonine s'applique à la société elle-même, et non pas seulement à la clause prohibée par l'article 1855 (§ 377, note 9, et § 379).

Puisqu'il en est ainsi dans ces hypothèses, et c'est un

(1) *Lois civiles*, 2me part., liv. III, tit. 1, sect. 5, n° 19.

point que la grande majorité des auteurs admet, où trouver la raison de décider autrement lorsqu'il s'agit de stipulations contraires à un texte de la loi de 1867, et pourquoi faudrait-il se borner à rejeter ici les clauses illicites, à n'en pas tenir compte, au lieu d'annuler le contrat tout entier? On doit présumer que les diverses stipulations dont se compose l'acte de société servent les unes aux autres de condition et forment un tout indivisible : « *Unius ejusdemque contractus capita singula alii aliis inesse videntur per modum conditionis* (1). » Rien n'est plus raisonnable en effet, selon la juste remarque de Toullier et de M. Duvergier (2), que d'étendre l'article 1172 aux conditions entendues *sensu lato*, c'est-à-dire aux clauses accessoires qui altèrent la nature d'un acte, ou qui tout au moins ont pour but d'en modifier les effets légaux : or la condition illicite est nulle, aux termes de l'article 1172, et rend nulle la convention qui en dépend.

Ainsi la loi de 1867, qui a sanctionné de la peine de nullité de la société, l'insertion d'une clause contraire aux articles 2 et 3 dans les statuts constitutifs, est en conformité parfaite avec le droit civil. Nous retrouverons dans le cours de cette étude la même sanction appliquée à des cas semblables, ce qui justifie la courte digression que nous venons de faire et le caractère de généralité sous lequel nous l'avons présentée.

§ **VIII.** — *Non-approbation régulière des apports en nature et des avantages particuliers.*

L'article 4 nous ramène à des formalité qui tiennent essentiellement à la constitution de la société, et qui ont pour

(1) Grotius, *De jure et belli et pacis*, lib. III, c. XIX, n° 14.

(2) Toullier, t. VI, sous l'art. 1172; Duvergier, n°s 103 et 277.

but de forcer, en quelque sorte, les associés à réfléchir, à vérifier et à délibérer en commun, avant de s'engager définitivement. Il a fallu, dans un intérêt d'ordre public, protéger les souscripteurs contre leurs propres entraînements, et leur éviter, autant que possible le péril de ces majorations scandaleuses des apports en nature qui prêtent si facilement à la fraude à cause de leur nature même, car l'apport n'est en définitive qu'une sorte de vente dans laquelle il n'y a pas d'acheteur, ou plutôt, comme on l'a fort bien dit, l'acheteur, c'est le vendeur lui-même qui fonde la société pour lui faire l'apport. A toutes les époques, cette question a vivement préoccupé les esprits et attiré d'une manière spéciale l'attention des législateurs.

L'article 4, combiné, en ce qui concerne les sociétés anonymes, avec l'article 30, reproduit l'ensemble des règles des lois de 1856 et 1863. Ces règles sont toutes prescrites impérativement, et l'inobservation de l'une d'elles suffit à entraîner la nullité de la société. L'économie du système créé par la loi de 1856 consiste particulièrement en ceci, que la première assemblée générale n'a jamais qualité pour approuver l'apport ou les avantages, même si elle est en réalité suffisamment éclairée. *La première assemblée générale fait apprécier*, de la manière qu'elle croit convenable, *la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés* (art. 4) ; le vote ne peut avoir lieu que dans une autre assemblée générale, *après une nouvelle convocation.* « La loi, s'est, avec raison, défiée des entraînements de la première heure..... L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité le moyen de se faire jour et d'éviter de regrettables surprises (1). » Les lois précédentes ne fixaient pas

(1) Rapport de M. Mathieu, *Coll. des lois*, 1867, p. 258.

la durée de l'intervalle qui doit séparer les deux assemblées, et les réunions étaient quelquefois si rapprochées que l'esprit du système était manifestement violé : la loi actuelle prescrit la publication et l'impression d'un rapport qui doit être tenu à la disposition des actionnaires pendant une durée de cinq jours au moins entre les assemblées générales.

Le nouveau projet de loi consacre dans son ensemble le même système préventif; mais d'après ce projet, *si la demande en est faite par le quart des actionnaires présents à la seconde assemblée*, le rapport des commissaires *sera soumis à l'appréciation d'un ou de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce. Leur rapport sera imprimé et distribué à chaque actionnaire dix jours au moins avant la réunion de l'assemblée qui doit statuer* (art. 11 du projet). Des dispositions analogues, proposées en 1856 par la commission du Corps législatif, avaient été repoussées à cette époque par le Conseil d'Etat. Mais les grands désastres financiers que le système des lois de 1856 et 1867 a été impuissant à prévenir, ont montré la nécessité d'élever de nouveaux obstacles à la fraude, et d'assurer aux actionnaires des moyens plus efficaces de se défendre contre les exagérations mensongères des fondateurs.

Les délibérations sont prises, dit l'article 4, par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. — Si on se référait sans examen à l'art. 24, il faudrait déclarer les dispositions de ce paragraphe applicables aux sociétés anonymes ; mais l'article 30 a prescrit, en ce qui concerne ces sociétés, des conditions différentes pour la composition régulière des assemblées constituantes. D'une part en effet, l'article 30 ne se préoccupe pas du nombre des actionnaires ; d'autre part, il exige que les actionnaires présents représentent la moitié au moins du capital

social, et sur ce point, il est plus rigoureux que l'article 4. Cette différence est peu explicable ; elle résulte sans doute de ce que l'article 4 a été emprunté à la loi de 1856, tandis que l'article 30 était reproduit de la loi de 1863, et on n'a pas pris garde au défaut de concordance qui existait entre les deux dispositions. Le nouveau projet de loi rétablit l'harmonie sur ce point, en rendant applicables aux commandites par actions les dispositions de l'article 30 de la loi de 1867 (art. 47 du projet).

Le capital social dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport se compose seulement des apports non soumis à vérification (art. 30. al. 2), c'est-à-dire du capital en numéraire, quelque peu nombreux que soient les actionnaires ayant fourni ce capital spécial. D'ailleurs, la loi statue sur le *plerumque fit* : ainsi il a été jugé à bon droit qu'il n'y a pas nullité d'une société, lorsque l'apport a été approuvé en assemblée générale par tous les actionnaires non co-propriétaires de cet apport, bien qu'ils ne représentent pas la moitié du capital social en numéraire (Lyon, 16 févr. 1881, D. P., 82, 2, 108). Les associés qui ont fait l'apport, ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée, n'ont pas voix délibérative, même dans le cas où ils seraient porteurs d'actions souscrites. Mais ils peuvent assister aux réunions, discuter, fournir des renseignements, etc. ; ils sont admis à voter sur l'approbation des apports faits par d'autres associés.

On s'est demandé si les conditions exigées par les articles 4 et 30 pour la validité des délibérations, sont applicables aux deux assemblées générales ou à la seconde seulement, qui doit statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages. Rien n'a été dit à cet égard dans la discussion des lois de 1856, 1863 et 1867, et de nombreux commentateurs enseignent que les conditions auxquelles est subordonnée la vali-

dité des délibérations sont requises pour la première assemblée, comme pour la seconde. Cette opinion nous paraît trop rigoureuse : la première assemblée a un rôle essentiellement préparatoire, ses délibérations ne peuvent lier personne ou créer aucun préjugé ; en un mot, sa mission ne justifie pas une réglementation spéciale (1).

La loi a prévu, pour les sociétés anonymes seulement, le cas où l'assemblée qui doit statuer sur l'appréciation des apports ou la cause des avantages particuliers, ne réunit pas, sur une première convocation, la majorité prescrite. Aux termes du dernier alinéa de l'article 30, si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas une nouvelle assemblée est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans un journal, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.

L'assemblée générale régulièrement composée peut approuver ou rejeter d'une manière absolue les évaluations des statuts ; mais a-t-elle le droit de réduire par simple voie de majorité le montant des avantages ou l'évaluation des apports? Ce point fut vivement discuté au Corps législatif, en 1867 : quelques orateurs soutenaient, au nom des principes généraux, que l'accord ne pouvait pas s'établir, à défaut de l'unanimité des souscripteurs, sur une évaluation réduite. Il est impossible, a-t-on dit, de maintenir qu'il pourra dépendre de certains des associés d'établir entre les absents et ceux qui

(1) Pont, II, n° 1000; Bédarride, I, n° 111.

font des apports à la société un contrat nouveau différent : le premier contrat est rompu, car il était subordonné à la condition que l'évaluation des apports et l'appréciation des avantages seraient reconnues exactes (1). M. Marie, soutenant ce système, demanda le renvoi de l'article 4 à la commission, afin que celle-ci, « dans une rédaction nouvelle, dise que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire dans ce cas qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés... Voilà mon idée, voilà comment je la formule, ajoutait M. Marie, et voilà dans quel sens j'appelle de la part de la Chambre une solution. » La demande de renvoi était donc nettement motivée, et comme elle fut repoussée par un vote, la question se trouva résolue indirectement en faveur du pouvoir de transiger (2).

Le système consacré par le législateur n'est pas, d'ailleurs, contraire aux principes généraux, et, dans la réalité des faits, il est seul raisonnable. Est-il possible, en effet, que l'abstention dolosive ou la négligence d'un seul actionnaire puisse empêcher la réalisation de l'entreprise et permettre aux souscripteurs de retirer leur engagement. Ceux-ci, en adhérant aux statuts, n'ont apposé aucune condition ou même exprimé aucune restriction à leur obligation : en droit, ils seraient donc irrévocablement engagés, dit M. Duvergier, « si le législateur... n'avait pas subordonné la perfection du contrat à une vérification dont il a indiqué le but et la forme... Et le législateur n'a-t-il pas pu, en ouvrant une voie aux contractants pour se soustraire à leur obligation, déterminer les conditions sous lesquelles ils devraient en user, et conférer à une assemblée générale le pouvoir de représenter toutes les

(1) Duvergier, *Coll. des lois*, 1867, p. 260. — Cpr. Vavasseur, n° 407.

(2) *Coll. des lois*, 1867, p. 262

individualités dont se compose l'association (1). » Ceci n'est en contradiction avec aucun principe (2).

La commission extra-parlementaire qui a préparé le nouveau projet de loi n'accorde à l'assemblée générale le pouvoir d'accepter une réduction, par simple voie de majorité, qu'en vertu d'une clause expresse des statuts (art. 11 du projet). La commission, qui a beaucoup ajouté, comme nous l'avons dit, au système préventif de la loi actuelle, pour empêcher les majorations d'apports, a sans doute pensé que cette clause contribuerait à mettre les actionnaires en garde contre les évaluations exagérées.

Enfin lorsque la délibération a été prise régulièrement, le procès-verbal doit être signé des personnes ayant qualité à cet effet, car tout acte dont la minute n'est pas signée n'a pas d'existence légale. Ce n'est pas l'acte seulement qui serait nul : toute société commerciale devant être rédigée par écrit, le contrat lui-même serait annulable, parce que les délibérations des assemblées constitutives sont l'un des éléments de la société anonyme (Lyon, 26 nov. 1863, D. P., 64, 2, 233). Cependant, d'après le dernier arrêt de la Cour de cassation sur la matière, la circonstance que les procès-verbaux des délibérations des assemblées constituantes n'ont pas été signés, n'entraînerait pas la nullité de ces délibérations, ni, par suite, la nullité de la société. Lorsque, d'ailleurs, il n'est pas contesté que les assemblées aient eu lieu, la preuve de la vérification et de l'approbation des apports résulterait suffisamment d'actes attestant les délibérations, bien que ces actes aient été qualifiés en réalité copies des procès-verbaux restés sans signature (Civ. rej., 20 déc. 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 509). Cette décision s'appuie sur les déclarations de

(1) *Coll. des lois*, 1867, p. 262.

(2) Pont, II, n° 1023; Mathieu et Bourguignat, n° 48, etc.

fait de l'arrêt attaqué ; mais elle fait produire à des copies de titres plus d'effet que ne peuvent produire les titres eux-mêmes, puisque les procès-verbaux non revêtus de signature sont frappés de nullité.

Après que les apports ont été vérifiés et approuvés dans les formes prescrites par la loi, l'exagération de valeur ne saurait plus être une cause de nullité, s'il n'est justifié d'aucun acte dolosif ayant pu vicier l'acceptation de ces apports. L'acceptation, dit très exactement M. Pont, « constitue la chose jugée entre les associés ; » les tribunaux ne pourraient pas réputer fictifs des apports qui ont été l'objet de cette approbation (1). Nous avons vu plus haut que le nouveau projet de loi crée, sous certaines conditions, une action en dommages pour lésion d'outre-moitié.

§ IX. — *Violation de l'article 22 sur la nomination des premiers administrateurs, les conditions d'éligibilité, etc.*

L'article 22 établit à l'égard de l'organisation intérieure des sociétés anonymes quelques règles essentielles, sanctionnées par l'article 41. — Les sociétés anonymes, dit l'article 22, sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle.

A quel moment faut-il que les premiers administrateurs

(1) Civ. cass., 10 janv. 1881, D. P., 81, 1, 161; Lyon, 2 mars 1883; Paris, 10 mai 1883; Trib. com. de la Seine, 14 avril 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, pp. 357, 438, 561.

soient associés pour que la nullité ne soit pas encourue? Il résulte du texte même de l'article 22 que la qualité d'associé est la condition préalable de l'élection et que le choix des actionnaires est restreint aux personnes actuellement associées ou actionnaires. On a prétendu, il est vrai, que rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'un ou plusieurs administrateur soient pris en dehors des associés, pourvu qu'ils deviennent actionnaires avant leur entrée en fonctions; et la cour de Lyon, dans un arrêt du 2 mars 1883, parle tantôt de l'exercice, tantôt de l'acceptation des fonctions, comme du moment où l'administrateur élu doit avoir acquis la qualité d'associé (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 357). Cette équivoque et ces contradictions proviennent d'une confusion entre la règle de l'article 22, imposée comme garantie relative au choix des administrateurs eux-mêmes, et la disposition de l'article 26, sanctionnée seulement par une action en dommages, ordonnant que les administrateurs soient propriétaires d'un certain nombre d'actions affectées à la garantie des actes de gestion. Si la qualité d'associé n'était exigée qu'au moment de l'entrée en fonctions, il n'y aurait jamais nullité, car la nullité ne peut pas résulter d'un fait postérieur à la constitution.

L'article 22 ordonne que les mandataires choisis pour administrer ne puissent recevoir qu'un mandat temporaire, et nous verrons plus loin que le législateur a fixé le maximum de la durée pour laquelle ils peuvent être investis de ces fonctions. Dans tous les cas, les administrateurs sont révocables *ad nutum*, car l'article 22, comme l'ancien article 31 du Code de commerce, ne comporte pas la distinction établie pour les sociétés civiles par l'article 1856 du Code civil, en sorte que les administrateurs nommés par les statuts restent sous la règle de la révocabilité, comme les administrateurs élus (Civ. rej., 28 juillet 1868, D. P., 68, 1, 442). Cette règle s'applique au directeur, lorsqu'il n'est pas un simple

agent d'exécution, délégué du conseil d'administration, mais le mandataire direct de la société (1).

Enfin, par dérogation à l'article 1994 du Code civil, l'article 22 défend aux administrateurs de se substituer un tiers sans la permission des statuts, et déclare ces administrateurs responsables en toute hypothèse du mandataire substitué : la clause qui les affranchirait de cette responsabilité exceptionnelle serait illicite.

Quel est l'effet des clauses illicites pour violation de l'article 22 ? Est-ce la nullité de la clause ou de la société ? Ces clauses nous paraissent assez importantes pour avoir pu être la condition de l'acceptation du pacte social et de l'engagement des actionnaires, c'est-à-dire pour entraîner la nullité de la société. Il n'est pas admissible d'ailleurs, que l'article 41 ne vise dans tout l'article 22 que l'hypothèse où les premiers administrateurs auraient été choisis en dehors des associés. La loi de 1867, selon la juste observation de M. Pont (II, n° 1609), « ne s'est pas bornée à dire que les administrateurs de la société anonyme sont des mandataires à temps, révocables : faisant un pas de plus, elle a déclaré en outre que l'inobservation de l'article 22 entraînerait la nullité de société à l'égard des intéressés. Ainsi, non-seulement le législateur de 1867 a reproduit, sur ce point, la disposition du Code de commerce, mais encore il a donné à cette disposition une sanction qui lui avait manqué jusque là. »

La jurisprudence ne paraît pas avoir été appelée à se prononcer directement sur la question de nullité de la société pour violation de l'article 22. Elle a statué seulement sur des actions en dommages, formées par le directeur ou les admi-

(1) Civ. cass., 30 avril 1878, D. P., 78, 1, 314; Agen, 7 janv. 1879, D. P., 79, 2, 247; Paris, 13 déc. 1883, *Gaz. des Trib.*, 11 janv. 1884; Cpr. Trib. com. Seine, 27 juin 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 630.

nistrateurs révoqués, auxquels des clauses particulières assuraient des garanties contre une révocation, et elle a toujours repoussé ces actions. Mais il est permis de supposer, d'après les motifs des derniers arrêts de la Cour de cassation, que la demande en nullité de la société eût été favorablement accueillie, si quelque intéressé l'avait présentée (Civ. cass., 30 avril 1878, D. P., 78, 1, 314; Cass., 10 janv. 1881, D. P., 81, 1, 160).

§ **X**. — *Nombre d'associés inférieur à sept.*

L'article 23 fixe à sept le nombre *minimum* des membres que doit comprendre une société anonyme pour sa constitution.

L'article 23 parle d'associés, et non pas d'actionnaires : il faut en conclure que celui qui, en représentation d'un apport en industrie par exemple, reçoit une part dans les bénéfices de la société, sans qu'il lui soit attribué d'actions, peut servir à compléter le nombre sept : c'est un associé affranchi de toute contribution aux pertes, mais cette exception est admise en faveur de celui qui apporte son industrie seulement à la société (Paris, 13 janvier 1882, D. P., 83, 2, 73).

On s'est demandé ce qui arriverait si, au nombre des sept associés fondateurs, se trouvait un incapable. La Haute-Cour d'Angleterre a rendu sur ce point, le 17 mars 1876, une décision intéressante, puisque notre disposition a son origine dans la loi anglaise. Le memorandum d'association d'une société à responsabilité limitée (*company limited*) ayant été signé par sept personnes dont un mineur, le certificat d'incorporation fut néanmoins délivré; mais lorsque la société fut mise en liquidation, certains actionnaires prétendirent qu'il n'y avait pas lieu de la traiter comme une société incorporée, parce que l'enregistrement et tous les actes relatifs à cette société étaient nuls, le *memorandum* ne portant pas la signature de

sept personnes *sui juris ;* et la Haute-Cour décida cependant que la société devait jouir des prérogatives appartenant aux sociétés incorporées, parce qu'un incapable peut, au moyen des formes prescrites par la loi, devenir actionnaire, et que le législateur n'a pas exigé autre chose (J. de dr. intern. privé, 1876, p. 290).

Enfin quelques auteurs ont prévu le cas d'une société formée entre plusieurs sociétés déjà existantes, hypothèse qu'il ne faut pas confondre avec celle de la fusion de plusieurs sociétés. Chacune des sociétés créatrices, constituant une personne morale, comptera pour un associé : ceci ne fait point de difficulté.

§ XI. — *Non-vérification par la première assemblée générale de la déclaration notariée.*

Le deuxième paragraphe de l'article 24 prescrit la vérification, avec les pièces à l'appui, par la première assemblée générale, de la déclaration notariée faite par les fondateurs : c'est une précaution de plus, empruntée à la loi de 1865. Cette vérification peut donner lieu dans la même séance à un vote définitif ; mais l'assemblée générale a aussi la faculté de faire vérifier, comme elle le juge convenable, la réalité des souscriptions et des versements : par exemple, de nommer des experts chargés de lui faire un rapport sur ce point. Le nouveau projet de loi consacre expressément et règle ce droit (art. 9 du projet).

La déclaration peut être corrigée, révisée ou augmentée jusqu'à la constitution définitive de la société. « Le pouvoir de contrôler, disait récemment M. l'avocat général Baudouin devant la Cour de Lyon, n'emporte-t-il pas nécessairement le droit de corriger l'erreur relevée, de réparer l'omission commise? La loi se tait sur ce que doit faire en pareil cas

l'assemblée générale. Mais peut-elle lui dénier le droit de pourvoir à l'accomplissement des formalités dont l'accomplissement est encore possible (1) » ?

§ **XII.** — *Non-convocation de l'assemblée générale pour la nomination des premiers administrateurs et des commissaires.*

Une assemblée générale doit être convoquée, aux termes de l'article 25, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart, pour nommer les premiers administrateurs et les commissaires : le procès-verbal constate l'acceptation de ceux des administrateurs et commissaires présents à la réunion; la société est constituée à partir de cette acceptation. — Ces dispositions, reproduites de l'article 6 de la loi de 1863, n'offrent aucune difficulté, lorsqu'il n'y a ni apports en nature, ni avantages stipulés. Mais on s'est demandé, pour le cas où il y a des apports à vérifier, si les deux réunions prescrites pour l'approbation de la valeur des apports, sont distinctes de l'assemblée qui doit nommer les premiers administrateurs, ou si l'une d'elles pourra procéder en même temps à la vérification de l'apport et à la nomination des administrateurs.

Il n'est pas douteux, croyons-nous, que l'une ou l'autre assemblée, celle qui doit faire apprécier la valeur des apports, ou celle qui statue sur leur approbation, ait qualité pour procéder à ces nominations. Mais dans le cas où les administrateurs sont élus dans la première assemblée, la société ne peut pas être définitivement constituée par leur acceptation, malgré les termes du dernier paragraphe de l'article 25 :

(1) Lyon, 11 août 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 157 (D. P., 83, 2, 121); Cpr. Bédarride, Loi 1867, n° 153.

cet article dispose, en effet, en vue du cas seulement où il n'y aurait pas d'apports en nature. La constitution définitive n'aura donc lieu dans cette hypothèse qu'après la seconde assemblée générale.

Si aucune des deux assemblées chargées de vérifier les apports en nature, n'a procédé à la nomination des premiers administrateurs, une troisième assemblée générale doit être convoquée à cette fin (1).

§ **XIII.** — *Nomination pour plus de 6 ans des administrateurs élus, et, pour plus de 3 ans, des administrateurs statutaires.*

La durée des fonctions des premiers administrateurs est fixée à six ans au maximum, lorsqu'ils sont élus par l'assemblée générale, et à trois années seulement dans le cas où ils sont nommés par les statuts de la société. On s'est demandé si la nomination, faite, malgré l'article 25, pour une période de temps plus longue, serait une cause de nullité de la société, ou si le mandat devait être maintenu pour le temps de la durée légale. Ce n'est pas, a-t-on dit, à ces omissions de détail que peut être étendue la sanction de l'article 41, dont les dispositions impératives sont restreintes et limitées aux vices inhérents à la constitution même de la société (2). Nous pensons qu'il faut établir une distinction tirée des principes généraux du droit.

Si la violation des dispositions relatives à la durée des fonctions d'administrateur résulte d'une clause des statuts, par exemple de la nomination pour dix ans des administra-

(1) Cpr. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, pp. 140 et 152; Pont, II, n° 1062 et 1033; Duvergier, *Coll. des lois*, 1863, p. 379

(2) Pont, II, n° 1235.

teurs statutaires, il y a assurément nullité de la société, parce que les diverses conventions du pacte social ont entre elles, comme nous l'avons déjà plusieurs fois répété, une liaison intime, et sont les unes, la suite, la conséquence ou même la condition des autres. Au contraire, lorsqu'il n'y a pas de clause illicite dans l'acte de société, la nullité n'est pas encourue, nonobstant la disposition de l'article 25, quoique les premiers administrateurs aient été nommés *en fait* pour dix ou vingt ans. Il ne s'agit plus en effet dans cette seconde hypothèse, d'un acte comprenant des volontés et intentions multiples : il y a donc lieu d'appliquer la règle générale de droit, formulée par nos anciens auteurs : *utile per inutile non vitiatur*.

§ **XIV**. — *Administrateurs imposés par les Statuts, sans la stipulation formelle que leur nomination ne doit point être confirmée par l'assemblée générale.*

La faculté accordée aux fondateurs de désigner, dans les statuts, les premiers administrateurs, est une innovation de la loi de 1867. Il faut une clause formelle déclarant que ces nominations ne seront pas soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Cette stipulation est exigée dans l'intérêt des souscripteurs, des futurs cessionnaires d'actions et des créanciers, afin qu'ils soient avertis que la nomination des premiers administrateurs est au-dessus du contrôle de l'assemblée. En l'absence de cette clause, la société est nulle, si la nomination des administrateurs désignés n'est pas confirmée par l'assemblée générale (Art. 25, al. 3).

§ **XV**. — *Non-constatation par le procès-verbal de l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion.*

L'article 25 *in fine* exige que *le procès-verbal constate*

l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion. La société est constituée à partir de cette acceptation. Ceci suppose, comme nous l'avons déjà dit, que la nomination et l'acceptation des premiers administrateurs n'aient pas précédé l'approbation des apports, autrement la société ne serait constituée qu'après cette approbation. De plus, le texte ne prévoit pas le cas où les administrateurs et commissaires seraient pris en dehors de l'assemblée générale : la constitution de la société est alors retardée au jour de leur acceptation constatée dans un acte authentique ou sous-seing privé enregistré, qui reste annexé au procès-verbal de la réunion. Enfin, pour les administrateurs dont la nomination n'est pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale, l'acceptation résulte implicitement des statuts eux-mêmes.

La nullité de la société pour défaut d'acceptation n'a pas lieu lorsque le refus du mandat émane seulement de ceux dont la nomination a été faite en sus du minimum fixé par l'acte de société pour le nombre des administrateurs : ce minimum étant de six par exemple, et douze administrateurs ayant été nommés, le refus d'acceptation par la moitié d'entre eux n'est point une cause de nullité (Civ. rej., 14 juillet 1875, D. P., 76, 1, 160; Lyon 11 août 1882, D. P., 83, 2, 121).

Le nouveau projet de loi reproduit les dispositions de l'article 25 de la loi de 1867, mais avec addition de deux paragraphes importants. La société est constituée, dit l'article 16, à partir de l'acceptation des administrateurs et commissaires présents à la réunion, *sous la réserve suivante : Les commissaires doivent, immédiatement après leur nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées; s'ils constatent l'inobservation d'une ou de plusieurs de ces dispositions, ils doivent*

avant qu'aucune opération sociale ait été commencée, mettre les administrateurs en demeure de s'y conformer et de convoquer à bref délai la réunion d'une assemblée générale à laquelle il sera rendu compte et demandé une approbation nouvelle ; dans ce cas, la société n'est définitivement constituée qu'après cette approbation.

§ **XVI.** — *Violation de l'article 27 sur l'attribution des voix aux actionnaires dans les assemblées constituantes.*

Dans les assemblées constituantes, tout souscripteur a le droit d'être admis avec voix délibérative : les associés qui ont fait un apport en nature, ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée, sont seuls à ne pouvoir prendre part au vote sur l'approbation de leurs propres apports ou avantages. En matière de sociétés en commandite, chaque actionnaire n'a droit qu'à une voix, quel que soit le nombre d'actions dont il est porteur, et il n'est pas permis de stipuler dans l'acte de société que le nombre de voix sera proportionnel au nombre des actions. Le Conseil d'État fit prévaloir en 1867 une solution différente à l'égard des sociétés anonymes : en vertu du deuxième paragraphe de l'article 27, les statuts peuvent accorder plusieurs voix aux souscripteurs de plusieurs actions ; cependant une même personne ne peut jamais avoir un nombre de voix supérieur à dix.

On a soutenu que les dispositions de l'article 27 n'avaient pas de sanction, parce que l'article 41 ne prononce la nullité de la société anonyme que pour l'inobservation des formalités prescrites par les articles 22 à 25. Mais le silence de l'article 41 relativement aux formalités prescrites par l'article 27 est sans importance : les prescriptions de cet article sont substantielles et doivent être observées à peine de nullité,

comme le disait très justement la Cour de Lyon, dans un arrêt du 6 février 1868. L'article 41, en prescrivant sous la sanction de nullité, l'observation des règles posées dans l'article 24, prescrivait par cela même et par voie de conséquence l'observation sous la même peine des articles 27 et 30 qui reproduisent ou modifient, dans leur application aux sociétés anonymes, les dispositions de l'article 4 (D. P., 68, 2, 165).

APPENDICE

Les formalités constitutives intrinsèques sont elles applicables aux sociétés qui sont fondées sans souscription publique, — et aux augmentations de capital ?

La loi du 24 juillet 1867 est muette, sauf pour le cas spécial prévu par le dernier paragraphe de l'article 4, sur l'hypothèse des sociétés constituées sans ouverture d'une souscription publique, et quelques auteurs ont conclu du silence de la loi que les règles sur la constitution des sociétés par actions, notamment les dispositions de l'article 1[er] et de l'article 4, ne sont point applicables, lorsque tous les associés comparaissent dans l'acte et qu'il n'est pas fait d'appel au public : la loi, a-t-on dit, n'a eu en vue que l'hypothèse la plus habituelle, celle où les actionnaires ne sont recrutés qu'après la rédaction des statuts (1). — Nous ne pensons pas que ce système soit conforme à la pensée du législateur.

Et d'abord pourquoi distinguer deux sortes de sociétés anonymes, celles qui sont fondées sans souscription publique et celles dont le capital est entièrement souscrit par les

(1) Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, 1870, p. 135; Boistel, n[os] 251 et 258; Cpr. Civ. rej., 26 avril 1880, Sirey, 81, 1, 1.

fondateurs? *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* La loi de 1867 statue d'une manière générale sur les sociétés anonymes, et on n'y trouve aucune trace d'une distinction semblable à celle qui a été faite par l'article 30 de la loi belge.

Les motifs qu'on a invoqués pour dispenser des formalités constitutives intrinsèques les sociétés qui ne font pas appel au public par une souscription, sont tirés, les uns, de l'esprit de la loi et de l'intention du législateur, les autres de l'impossibilité prétendue d'accomplir les plus importantes de ces formalités, lorsqu'il n'y a ni souscription publique ni premiers actionnaires autres que les fondateurs.

Est-il vrai, ainsi qu'on l'affirme, que les formalités prescrites par les articles 1, 4, 24 et 25 de la loi de 1867, soient exclusivement dans l'intérêt des souscripteurs, et que le législateur, en les établissant, n'ait eu nullement en vue l'intérêt des futurs cessionnaires et des créanciers? On a dit que les futurs cessionnaires d'actions ont un intérêt identique à celui des souscripteurs dont ils tiennent la place; mais c'est une affirmation inexacte, car les souscripteurs ont intérêt contre les cessionnaires, à exagérer la valeur des apports, afin de jeter plus facilement sur le marché des titres qui seront bien vite dépréciés. Et quant aux créanciers, est-il possible d'admettre que la loi n'ait pas voulu leur assurer, dans tous les cas, la garantie d'un capital sérieux, effectif, et les moyens de se rendre compte que les fondateurs n'ont pas donné à leurs apports l'apparence d'un capital, n'existant en réalité que sur le papier? Les formalités de publicité n'apprennent pas aux tiers si le capital a été entièrement souscrit, si un versement a été fait sur les actions, etc., etc. Ces garanties étaient assurées aux tiers, avant la loi de 1867, par la nécessité de l'autorisation; or les formalités constitutives intrinsèques ont été prescrites pour

remplacer l'autorisation. D'ailleurs si les tiers sont admis, en vertu de l'article 41, à se prévaloir de la nullité pour violation de l'une des dispositions des articles 22, 23, 24 et 25, c'est uniquement parce que les formalités prescrites par ces articles sont exigées dans leur intérêt.

L'objection tirée de l'impossibilité d'accomplir les conditions intrinsèques, lorsqu'il n'y a pas de souscripteurs autres que les fondateurs, n'est pas mieux établie. Une seule formalité, la déclaration notariée des souscriptions et du versement, peut, dans un cas spécial, lorsque tout l'avoir social consiste en apports en nature indivis ou non entre les fondateurs, être considérée comme légalement impossible : les mots *souscription* et *versement* ne s'appliquent pas en effet d'une manière exacte aux apports en nature. Quant à la vérification prescrite par l'article 4, elle doit toujours être faite, sauf le cas exceptionnel du dernier paragraphe, et elle est toujours possible : « les actionnaires, qui auront fourni le capital non soumis à vérification, se réuniront, dit M. Duvergier, quelque peu nombreux qu'ils soient, et pourvu qu'ils représentent la moitié de ce capital spécial, ils pourront valablement procéder à la vérification de l'autre. Si, par extraordinaire, un seul actionnaire avait fourni le capital non soumis à vérification, pourrait-il seul vérifier celui pour lequel la vérification est exigée? Je crois qu'il faut répondre affirmativement (*Coll. des lois*, 1863, p. 379). »

Il n'existe donc aucune raison de dispenser les sociétés fondées sans souscription publique de l'accomplissement des conditions constitutives intrinsèques. Le silence de la loi de 1867 et la généralité de ses dispositions suffisent à les rendre applicables à toutes les sociétés anonymes (1).

La question de savoir si les augmentations de capital, au

(1) Lyon-Caen et Labbé, *Notes* dans Sirey, 77, 2, 1; 81, 1, 1.

cours de la société, et dans les termes des statuts, sont soumises aux règles et conditions prescrites pour la constitution de la société, est encore de celles que la loi de 1867 n'avait pas résolues. Le nouveau projet de loi décide expressément que ces formalités seront applicables à toute augmentation du capital social (art. 32 du projet). C'est dans le même sens que la jurisprudence est fixée depuis l'arrêt de cassation du 27 janvier 1873 (1). La question touche par un côté à notre sujet : en admettant l'opinion de la jurisprudence, l'inexécution des dispositions de la loi a-t-elle pour conséquence d'entraîner la nullité de la société, ou cette nullité doit-elle être restreinte à la transformation résultant de l'augmentation du capital social ?

La solution dépend exclusivement, croyons-nous, d'une question de fait : l'augmentation du capital n'implique pas en effet nécessairement la constitution d'une société nouvelle qui serait substituée à l'ancienne société dissoute (2). Lorsque cette augmentation constitue la création d'une société nouvelle, la nullité doit s'étendre à la société elle-même, car l'inobservation des conditions prescrites par les articles 24 et 25 vicie la reconstitution ou la transformation de la société, tout aussi bien que sa constitution (3). Si au contraire les parties ont manifesté l'intention de conserver à la société antérieure son existence sociale, la société reste valable avec son capital originaire, l'augmentation irrégulièrement accomplie étant seule annulée (4). « Il n'est guère possible juridi-

(1) Dalloz, 73, 1, 331; Req. rej., 5 nov. 1879, D. P., 80, 1, 126; Paris, 15 juin 1883, *Rev. des Soc.*, 1884, p. 24.

(2) Aix, 9 avril 1867; Civ. cass., 11 mai 1870, D. P., 70, 1, 401; Paris, 28 mai 1869, D. P., 69, 2, 145; Trib. com. de la Seine, 19 avril 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 468.

(3) Paris, 15 juin 1883, *Rev. des Soc.*, 1884, p. 24.

(4) Trib. com. de la Seine (Aff. Union générale), 14 sep. 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 746.

quement, dit M. Pont (II, n° 876), d'admettre que le fait ultérieur, par cette société qui *continue*, qui est toujours *la même*, d'augmenter son capital, va changer sa condition, et, par le plus étrange effet rétroactif, enlever à sa constitution ce caractère définitif que la loi elle-même lui avait imprimé. »

Section II. — NULLITÉS RÉSULTANT DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

Le Code de commerce avait réglé d'une manière générale la publicité des sociétés commerciales, si importante dans l'intérêt des tiers, mais de graves difficultés s'étaient élevées en ce qui concerne les sociétés anonymes, et notamment on doutait qu'elles fussent soumises aux dispositions des articles 42, 43 et 44. D'autre part le Code de commerce n'avait organisé que la publicité originaire, plus illusoire que la publicité permanente à laquelle les sociétés par actions restent aujourd'hui soumises pendant toute leur durée.

La loi du 23 mai 1863, en reproduisant les dispositions des articles 42 et suivants du Code de commerce, les rendit formellement applicables aux sociétés à responsabilité limitée, et en même temps elle y ajouta quelques prescriptions nouvelles. En 1867, le projet du gouvernement ne concernait, relativement à la publicité, que les sociétés à capital variable; mais depuis longtemps on s'accordait à trouver inefficaces et onéreuses les règles du Code de 1807 : c'est pourquoi, sur la proposition de la commission du Corps législatif, on essaya alors d'organiser un système nouveau et complet de publicité, commun à toutes les sociétés commerciales, et dans lequel furent refondues les dispositions des lois antérieures. Ce système comprend, pour les sociétés par actions, deux ordres de prescriptions : des formalités originaires et une publicité permanente.

La commission extra-parlementaire de 1882 a proposé d'établir en outre, à l'imitation de quelques lois étrangères, une publicité préalable à la constitution de la société. L'article 63 du projet prescrit notamment la création d'un Recueil officiel pour la publication des actes de société. Quand la société sera constituée au moyen de souscription, le projet d'acte devra être publié dans ce Recueil, dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription ; les bulletins de souscription devront indiquer la date de cette publication (art. 4 et 64 du projet). Le Recueil officiel serait ainsi le centre des informations sur tout ce qui, dans la vie des sociétés, peut intéresser les actionnaires et les tiers ; aucune considération ne saurait prévaloir, croyons-nous, contre la nécessité, démontrée par les imperfections du système actuel, de rendre les recherches plus faciles et la publicité plus efficace.

Nous n'avons à nous occuper ici que des formalités prescrites à l'origine de la société, les seules qui, dans la loi de 1867, soient sanctionnées par la nullité. Nous placerons en tête de cet exposé la nullité résultant du défaut d'acte écrit, parce que cette condition se rattache de la manière la plus étroite aux formalités de publicité.

§ I. — *Défaut d'acte écrit.*

Aux termes des articles 39 et 40 du Code de commerce, modifiés, en ce qui concerne les sociétés anonymes, par l'article 21 de la loi de 1867, toutes les sociétés commerciales doivent être constatées par écrit, par des actes publics ou sous seing privé. Nous avons dit plus haut, en étudiant les causes de nullité absolue de droit commun, que cette condition n'avait aucunement pour but et pour effet, à notre avis, de rendre les sociétés commerciales des contrats solennels, et que la rédaction d'un acte écrit devait être considérée

uniquement comme une formalité de publicité : c'est dire, en d'autres termes, que la nullité a lieu seulement entre associés, et non pas à l'égard des tiers. Il paraît résulter de la discussion assez confuse qui eut lieu au Conseil d'Etat que l'article 41 du Code de commerce a été regardé comme essentiellement lié à l'article 42 ; et ce qui prouve surabondamment la connexité de ces textes, c'est que la rédaction d'un acte écrit a été seulement exigée dans notre ancien droit lorsqu'on a voulu organiser un système de publicité. La publicité requiert en effet la rédaction d'un acte écrit, et l'omission de cette formalité entraîne la nullité de la société, en tant que personne. Mais la société, en tant que contrat, est régie par le droit commun des obligations conventionnelles : « le contrat de société, dit M. Labbé, n'est pas nul faute de solennité, il est consensuel, seulement il est dissoluble à la volonté de l'une des parties, à raison de la nullité de la personne sociale (Note dans Sirey, 1873, 2, 179 : Toulouse, 22 juin 1872). »

Le défaut d'acte écrit ne peut donc pas être opposé aux tiers par les associés. Nous trouvons une application de cette règle dans un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 23 février 1875, relatif à une société anonyme. Voici l'espèce : au décès d'un actionnaire, propriétaire d'actions nominatives, l'administration de l'enregistrement avait demandé au siège de la société les communications autorisées par les articles 16 de la loi du 16 juin 1850 et 9 du décret du 17 juillet 1857 ; sur le refus de communiquer les documents réclamés, l'administration décerna des contraintes qui furent validées : le même jugement condamna les administrateurs à des amendes. Le pourvoi contre cette décision était basé sur ce que les condamnations, supposant toutes la constitution de la société, le jugement s'efforçait d'établir l'existence de cette société au moyen de simples présomptions ; et le pourvoi fut rejeté,

« attendu que si une société commerciale ne peut être établie et prouvée que par écrit, ce principe, applicable aux associés, reçoit exception à l'égard des tiers intéressés à prouver l'existence de la société, et qui sont autorisées à faire cette preuve par toutes les voies de droit (D. P., 75, 1, 370). »

Quelques auteurs vont même plus loin et enseignent que les dispositions des articles 39, 40 et 41 du Code de commerce sont la simple reproduction des règles du droit civil sur la preuve, et l'application de ces règles à un contrat commercial, de même que l'article 1834, au titre *Du contrat de société*, n'est que l'application aux sociétés civiles des règles établies par l'article 1341 : en sorte que la société pourrait être valablement prouvée *entre associés* par la preuve testimoniale avec un commencement de preuve par écrit (1). Ce système est inadmissible : les articles 39 et 40 du Code de commerce ne reproduisent pas la distinction établie dans l'article 1834, qui prescrit la rédaction d'un acte écrit pour les sociétés civiles dans le cas seulement où *leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs.*

Vainement objecterait-on que la nullité n'est pas expressément prononcée pour défaut d'acte écrit : la nullité n'était formellement édictée par le Code de commerce pour la violation d'aucune des dispositions qui précèdent les articles 39 et 40, notamment de l'article 37 qui exigeait l'autorisation du gouvernement. D'ailleurs, la nécessité d'un acte écrit se rattache si intimement aux formalités irritantes de la publicité, elle est même liée de si près, dans la loi de 1867, aux conditions constitutives intrinsèques, qu'il est impossible, croyons-nous, de ne pas considérer l'écriture comme une condition essentielle de l'existence de la personne sociale. On ne comprend pas comment l'acte écrit pourrait n'être pas

(1) Delangle, n° 509 et s., Lyon-Caen et Renault, n° 296.

exigé sous la sanction de nullité, alors que la nullité frappe le défaut d'annexion de cet acte à la déclaration notariée, l'omission du dépôt du même acte au siège social, et enfin la violation de toutes les dispositions relatives à la publicité.

§ II. — *Absence du dépôt de l'acte de Société, conformément à l'article* 55 § 1 *et à l'article* 59.

Dans le mois de la constitution de toute société commerciale, un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié, doit être déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société. « Nous avons pensé, dit le rapporteur de la loi de 1867, que l'affiche de l'extrait, prescrite par l'article 42 du Code de commerce, était l'apparence et non la réalité d'une publicité sérieuse. Nous avons cru que le dépôt des actes et documents qui doivent être portés à la connaissance des tiers... atteindrait mieux le but désiré (1). »

Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt doit avoir lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt doit être fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement; dans les autres villes, le dépôt est exigé au greffe de chaque justice de paix. L'article 59, qui règle ces divers points, ne contient pas la sanction de nullité; cependant il n'est pas douteux qu'elle soit attachée à la violation des règles de cet article, qui complètent celles de l'article 55 et forment avec elles un tout indivisible. D'ailleurs, les prescriptions de l'article 59 étaient ordonnées

(1) Duvergier, *Coll. des lois*, 1867, p. 321.

à peine de nullité par l'article 42 du Code de commerce, et le législateur de 1867 n'a certainement pas voulu, en se les appropriant, les dépouiller de sanction.

Le délai d'un mois, accordé pour le dépôt de l'acte, part du jour de la constitution de la société, et la publication faite dans le délai légal rétroagit au jour de la constitution. Il en est autrement, lorsque le dépôt a eu lieu après l'expiration du délai fixé par l'article 55 : dans cette hypothèse, la société n'existe légalement qu'à compter du jour de la publication. On a même soutenu que la nullité pour défaut de publication dans le délai légal, étant une nullité d'ordre public, n'était pas susceptible d'être couverte par l'exécution tardive des formalités prescrites, eût-elle lieu avant que la nullité ait été demandée par l'un des intéressés. Cette nullité, a-t-on dit, prononcée par la loi dans l'intérêt général des tiers, « doit se trouver encourue définitivement par les associés dès qu'a expiré le délai durant lequel ils devaient faire publier leur acte de société, acte qui, devenu dès ce moment nul à leur égard, faute de publication, ne peut plus cesser de l'être (1). »

Cette interprétation ne pouvait pas prévaloir, parce que les formalités de publicité ne sont pas, comme le versement du quart ou la vérification des apports, des conditions intrinsèques de la constitution de la société, mais un simple complément nécessaire pour donner à l'association sa valeur légale vis-à-vis des tiers. La tardivité de la publication doit donc avoir pour seule conséquence de ne donner effet à la société que du jour où elle a été publiée, et de priver les opérations antérieures de la validité rétroactive que la loi leur attribue lorsque la publication a eu lieu dans les délais

(1) Lyon, 4 juillet 1827, *J. Pal.*, à sa date; Cass., 31 décembre 1844, Dalloz, 45, 1, 75.

légaux (1). La nullité est irrémédiable, lorsqu'elle a été demandée avant la publication : mais la nullité n'est attachée qu'au défaut de publication, et l'article 56 ne prescrit pas que le délai lui-même soit observé sous la même peine; aussi ne peut-on pas dire que la publication tardive constitue un acte de ratification.

§ III. — *Absence des pièces à annexer au dépôt.*

L'acte constitutif doit être accompagné, dans chacun des greffes où il est déposé, de certaines pièces justificatives, désignées par le deuxième paragraphe de l'article 55, et qui lui restent annexées. Ces pièces sont au nombre de trois :

1° Une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart;

2° Une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale pour approuver les apports et vérifier la sincérité de la déclaration;

3° Pour les sociétés anonymes seulement, la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les nom, prénoms, qualités, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux. Cette liste doit mentionner les noms des souscripteurs originaires, et non ceux des acheteurs, lors même qu'au moment où le dépôt est effectué, des actions seraient passées à des cessionnaires. Le texte ne parle que des souscripteurs, et tout est de rigueur en matière de nullités. D'ailleurs, la publication de la liste ayant surtout pour but d'éclairer les tiers sur la situation et la solvabilité des souscripteurs, contre lesquels ils conservent un

(1) Req. rej., 16 mai 1859, D. P., 59, 1, 338; Lyon, 5 avril 1882, D. P., 82, 2, 32; Aix, 10 juin 1882, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 726; Civ. rej., 20 décembre 1882, *Ibid.*, p. 509.

recours malgré la cession, la mention du nom des cessionnaires ultérieurs était inutile (Lyon, 2 mars 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 357).

Les pièces justificatives doivent être dressées en la forme requise par la loi. L'article 55 ordonne, par exemple, que la copie des délibérations et la liste des souscripteurs soient certifiées ; il exige que chaque actionnaire soit individuellement désigné par des indications précises, et que le nombre d'actions de chacun d'eux soit indiqué sur cette liste : il y aurait donc nullité si ces pièces n'étaient pas certifiées, ou si la liste des souscripteurs ne contenait pas exactement toutes les mentions prescrites.

§ IV. — *Non-insertion dans l'un des journaux du département d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées.*

Après avoir assuré le dépôt des statuts et de certaines pièces justificatives pour donner aux tiers la facilité de connaître les conventions sociales et les conditions d'existence de la société, il fallait avertir le public de sa naissance et de sa formation : de là, le deuxième élément de la publicité, l'insertion dans les journaux. L'article 56, qui reproduit au fond l'une des dispositions de l'article 42 du Code de commerce, prescrit la publication d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, c'est-à-dire, au choix des parties, dans l'un des journaux publiés en langue française dans le département (Décr. 28 décembre 1870).

L'insertion doit être faite, comme le dépôt aux greffes, dans le mois de la constitution ; mais le dépôt est nécessairement antérieur, car l'extrait doit faire mention du jour où il a été effectué.

Les pièces dont un extrait doit être publié sont les mêmes qui ont été déposées aux greffes ; cependant, comme il n'est pas possible de donner par extrait la liste des souscripteurs, on se contente de faire mention que cette liste a été annexée à l'acte constitutif. L'article 57 dit expressément que l'extrait doit contenir les noms des associés *autres que les actionnaires ou les commanditaires :* par conséquent la liste des souscripteurs ne doit pas être publiée.

L'insertion, pour satisfaire au vœu de la loi, doit être reproduite dans tous les numéros du journal : lorsqu'elle ne se retrouve pas absolument dans tous les exemplaires du même tirage, il appartient aux tribunaux d'apprécier si la condition de publicité est ou non remplie : les termes généraux dans lesquels est conçue la disposition de l'article 56 ne permettent pas de prétendre *a priori* que la société doive être déclarée nulle (Req. rej., 10 nov. 1879, D. P., 80, 1, 127). Lorsque la société a plusieurs maisons de commerce dans divers arrondissements, la publication par la voie de la presse est exigée, à peine de nullité, dans un des journaux de chacun des arrondissements où existent les succursales (art. 60).

La commission extra-parlementaire chargée de réviser la loi de 1867 a consacré le même système de publicité, mais en y ajoutant des dispositions fort importantes. On avait proposé, en 1867, la création d'un Bulletin spécial, devant paraître à Paris, qui aurait résumé, au moyen d'un extrait, les publications éparses dans les journaux de province, auxquels il aurait renvoyé comme à une source d'informations plus complètes. Ce projet fut considéré à cette époque comme trop onéreux pour les petites sociétés ; depuis lors, quelques lois étrangères ont adopté ce mode de publication. La commission extra-parlementaire de 1882 a repris, comme nous l'avons dit plus haut, l'idée de ce

bulletin, et l'insertion de l'extrait au *Recueil officiel* est prescrite par l'article 66 du projet de loi lorsque le capital de la société est divisé en actions.

§ V. — *Non-justification de l'insertion dans un exemplaire du journal.*

Il sera justifié de l'insertion, dit le deuxième paragraphe de l'article 56, par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité, comme elles l'étaient auparavant, sous le régime de l'article 42 du Code de commerce.

On prétendrait en vain que l'enregistrement, — qui n'ajoute rien à la sincérité de l'insertion déjà garantie par le dépôt aux greffes, et ne sert même pas à constater que l'extrait a été publié dans le mois de la constitution de la société, puisqu'il peut n'être fait que trois mois plus tard, — est exigé uniquement dans l'intérêt du fisc. Il est bien certain, au contraire, que dans notre hypothèse les droits du Trésor n'ont point été pris en considération, et que le législateur était exclusivement préoccupé du besoin de donner une publicité sincère aux actes de société. D'ailleurs, le texte de la loi est impératif : il punit de nullité l'inobservation des formalités prescrites ; or l'enregistrement est une formalité (1). Mais il a été jugé que lorsqu'un journal contient l'annonce de plusieurs sociétés, il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve d'un enregistrement distinct et séparé pour chacune des insertions ; il suffit que la société attaquée puisse représenter l'exemplaire du journal enregistré : « L'enregistrement, soit qu'il provienne

(1) Toulouse, 22 avril 1837, Dalloz, 37, 2, 164; Req. rej., 30 janv. 1839, Sirey, 39, 1, 393; Req. rej., 30 juillet 1868, Sirey, 69, 1, 113.

du fait d'un tiers, soit qu'il provienne de la partie intéressée, aura toujours pour effet, disait la Cour de Toulouse, d'imprimer un caractère de certitude et de vérité à toutes les annonces comprises dans l'exemplaire ainsi enregistré (1). » La preuve de l'enregistrement peut, à défaut de la production même du numéro enregistré, être établie par toutes les voies de droit, notamment par un extrait des registres publics du receveur qui a perçu les droits (Req. rej., 18 mars 1846, D. P., 46, 1, 241).

§ VI. — *Omission de l'une des mentions que doit contenir l'extrait inséré dans les journaux.*

Les dispositions de la loi de 1867 sur le contenu de l'extrait ont été empruntées à l'article 43 du Code de commerce, mais avec quelques additions destinées à faire connaître d'une manière plus complète les conditions d'existence de la société. Aux termes des articles 57 et 58 combinés, l'extrait doit contenir, en ce qui concerne les sociétés anonymes :

1° La mention de la nature de la société ;

2° La dénomination adoptée par la société et l'indication du siège social ;

3° La désignation des premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale ou par les statuts ;

4° Le montant du capital social *en numéraire* et *en autres objets*. Le but de cette distinction, dit M. Pont (n° 1161), est d'indiquer aux tiers « la portion du capital sur laquelle ils peuvent sérieusement compter, en les mettant en mesure de connaître les valeurs susceptibles d'être réalisées sans entraver la marche des opérations sociales et celles qui resteront immobilisées, en quelque sorte, pendant le fonctionne-

(1) Toulouse, 14 décembre 1855, Lehir, *Mém. du com.*, 1856, 2, 457.

ment de la société » On s'est demandé de quelle manière l'apport en industrie devrait être énoncé dans l'extrait, mais nous ne comprenons pas comment l'évaluation de cet apport a paru impossible à quelques auteurs. Il y a simplement lieu, croyons-nous, d'indiquer dans l'extrait la valeur que l'assemblée générale, appelée nécessairement à statuer sur l'appréciation de cet apport, lui a attribuée;

5° La quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve;

6° L'époque où la société commence, celle où elle doit finir et la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

La loi est muette sur la sanction des dispositions qui concernent le contenu de l'extrait, et il y aurait, a-t-on dit, une rigueur excessive à prononcer la nullité de la société, » d'autant plus qu'on ne saurait dire que l'inaccomplissement des formalités dont il s'agit équivaut à l'absence de publicité (1). » Cependant la question se présentait absolument dans les mêmes termes avant la loi de 1867, et nous ne croyons pas qu'il fût possible, sous le régime du Code de commerce, de ne pas admettre la nullité de la société pour violation des dispositions de l'article 43. La connexité qui existe entre l'article 43 et l'article 42 démontre à l'évidence, disait la Cour de Bruxelles, que les formalités détaillées dans le premier de ces articles sont les mêmes dont l'article 42 prescrit l'observation à peine de nullité, et que le contenu des deux articles ne forme en réalité qu'une seule disposition. Cette interprétation, fondée sur la liaison étroite de ces deux articles et sur le caractère des formalités exigées par l'article 43, se trouvait en outre confirmée par l'article 46, qui, après avoir déclaré les actes portant modi-

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 305.

fication des statuts soumis *aux formalités prescrites par les articles 42, 43 et 44*, ajoutait sans aucune restriction : *En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'article 42* (Bruxelles, 13 février 1830, Sirey, 30, 2, 130). Or les mêmes raisons subsistent dans toute leur force, avec les articles 56, 57 et 58 de la loi de 1867. A la vérité, l'article 61 ne se réfère pas expressément à ces deux derniers articles, mais personne ne doute que les articles 57 et 58 ne soient applicables à la publication des actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts ; par conséquent, il n'y a pas à hésiter à étendre la peine de nullité à l'omission de l'une des mentions exigées par les articles 57 et 58. « Si elles ne se rapportent pas toutes à un des caractères essentiels de la société, elles sont du moins indicatives de faits et de circonstances que les tiers ont intérêt à connaître et dont il importe qu'ils puissent s'assurer à la simple lecture de l'extrait publié (1). »

Lorsque la société est conforme en tous points aux principes généraux et aux règles qui gouvernent ce contrat, le contenu de l'extrait est déterminé d'une manière limitative par les dispositions des articles 57 et 58. Mais que faut-il décider relativement aux stipulations modificatives des règles propres au contrat de société? Dans la discussion de la loi de 1867, un membre du Corps législatif ayant demandé que l'article 58 exigeât la mention de la stipulation relative à la faculté donnée aux souscripteurs primitifs de s'affranchir de l'obligation de payer le montant total de leurs actions : « il est évident, répondit le ministre du commerce, qu'en indiquant le capital social, on doit indiquer aussi les conditions auxquelles est soumis le versement de ce capital. » Toutes

(1) Pont, II, n° 1226; Cpr. Dalloz, *Rép.*, v° Soc., n° 836; Alauzet, n° 389, Rivière, n° 375.

les clauses qui sont de nature à modifier les rapports de la société avec les tiers doivent être publiées, par exemple la clause autorisant la conversion des actions en titres au porteur.

En est-il de même de la clause relative au prélèvement d'intérêts, à titre de frais généraux, dont la validité est aujourd'hui consacrée par une jurisprudence à peu près unanime (1)? Plusieurs arrêts, expressément ou implicitement, ont déclaré cette clause opposable aux tiers, quoiqu'il n'en ait pas été fait mention dans l'extrait : elle a pu être légitimement considérée, dit la Cour de cassation, non comme un élément de diminution éventuelle du capital social, mais bien comme une des charges sociales dont la loi n'exige pas la mention : d'ailleurs, les tiers peuvent se renseigner par la communication de l'acte de société lui-même (2). Cette jurisprudence a été à bon droit l'objet des plus vives critiques, car il existe une raison décisive pour exiger la mention spéciale de la clause d'intérêts. L'extrait doit indiquer, en effet, le montant du capital réel, et cette prescription ne sera pas exactement observée si on n'indique point en même temps que des paiements annuels d'intérêts peuvent avoir pour conséquence, de réduire le capital annoncé. « Dès l'instant, dit Troplong (n° 191), où les statuts ont permis des répartitions d'intérêts avant que l'entreprise ne fût productive, c'est comme s'il avait été clairement et invinciblement convenu que le capital nominal ne serait pas le capital effectif. »

Mais à un autre point de vue qui est plus spécialement le nôtre, les mêmes arrêts ont dépassé la mesure en déclarant que le défaut de publication de la clause d'intérêts, si la

(1) Req. rej., 7 mai 1878, D. P., 79, 1, 134; Civ. cass., 8 mars 1881, D. P., 81, 1, 198; Rouen, 15 juin 1882, D. P., 84, 2, 61.

(2) Req. rej., 8 mai 1867, D. P., 67, 1, 193; Req. rej., 8 mars 1881, D. P., 81, 1, 198.

mention était exigée, devrait donner naissance à une action en nullité de la société elle-même, et non pas à une simple demande en nullité de la stipulation. Nous pensons, au contraire, que la non-publication de cette clause a seulement pour conséquence de permettre aux intéressés de faire considérer la stipulation comme nulle et non avenue à leur égard. L'article 56 prononce, il est vrai, la nullité de tout le pacte social, pour omission de l'une des mentions exigées par les articles 57 et 58? Mais, comme le fait observer fort justement un annotateur, les énonciations prescrites par ces articles, portent toutes sur des éléments essentiels que les tiers doivent connaître et dont la sanction ne peut se trouver, pour la plupart d'entre elles, que dans la nullité de la société elle-même, puisqu'elles se réfèrent à l'application des règles du droit commun. Au contraire l'omission de la clause d'intérêts ou de toute autre stipulation modificative des règles propres au contrat de société ne porte que sur une clause accidentelle, et les tiers seront suffisamment protégés si ces clauses ne peuvent pas être invoquées contre eux. D'autre part, les associés ne peuvent pas prétendre que l'existence de la société est compromise si on efface ces clauses; ils auront, dans tous les cas, un recours en dommages contre les administrateurs coupables de n'avoir pas fait la publication.

Le nouveau projet de loi, qui, dans l'article 29, autorise et réglemente la clause d'intérêts, prescrit dans l'article 67 que cette clause soit mentionnée dans l'extrait.

Nous avons terminé l'exposé des causes de nullité des sociétés anonymes, qui résultent de la loi de 1867. L'énumération est longue, et il faut cependant remarquer que certaines de ces causes, comme le défaut de vérification des apports en nature, sont essentiellement complexes et peuvent chacune donner

naissance à plusieurs cas de nullité. Les rédacteurs du Code de commerce avaient d'abord songé à bannir cette sanction de la matière des sociétés; on voit combien nous sommes loin aujourd'hui de cette première idée, et combien nous sommes plus éloignés encore d'y revenir, puisque la commission extra-parlementaire de 1882 n'a rien trouvé de mieux que d'ajouter aux prescriptions de la loi actuelle quelques formalités nouvelles également visées par l'article qui prononce les nullités. Des plaintes se sont élevées contre cet abus d'une sanction qui peut, comme on l'a dit, servir souvent des intentions malhonnêtes et nuire au crédit public, et qui devrait être réservée, semble-t-il, pour les cas où toute autre peine serait inefficace. Nullités partout, et, comme conséquences, responsabilité obligatoire et indéfinie, sans compter la faillite et les sanctions pénales : telles sont aujourd'hui, d'après la loi ou la jurisprudence, les menaces terribles qui pèsent sur tous les fondateurs, sur ceux-là même dont la bonne foi et l'honnêteté ne peuvent pas être incriminées. N'y a-t-il pas lieu de craindre qu'effrayés de ces pièges de la loi, dont parle Bacon, — *non sunt pejores laquei quam laquei legum*, — les hommes honorables ne veuillent plus participer à la fondation des sociétés anonymes, ou accepter les fonctions d'administrateurs? La société anonyme deviendrait alors la proie des faiseurs, des spéculateurs sans moralité et sans bonne foi : ce serait le cas de redire, selon la maxime de Montesquieu, que les lois extrêmes dans le bien produisent le mal extrême.

CHAPITRE II

EFFETS DES NULLITÉS RÉSULTANT DE LA LOI DE 1867

Nous avons dit plus haut comment la nullité, qui devrait être *une* en droit philosophique, est au contraire très diverse en droit positif; nous allons voir dans les nullités résultant de la loi de 1867 un des plus remarquables exemples de cette diversité.

Le Code de commerce avait organisé dans les articles 42 et suivants, un système de publicité, dont les formalités étaient prescrites sous la sanction de nullité de la société, mais sans que le défaut d'aucune d'elles pût être opposé aux tiers par les associés : à ce point de vue, cette nullité se distinguait donc des nullités absolues de droit commun. Sous d'autres rapports elle en différait plus profondément encore, et notamment, suivant l'opinion commune, elle n'avait d'effet que pour l'avenir. Mais, d'autre part, la nullité créée par l'article 42 était à bon droit qualifiée *absolue*, en ce sens que les tribunaux ne pouvaient pas se dispenser de la prononcer, en ce sens qu'elle n'était pas susceptible d'être couverte par une confirmation expresse ou tacite, en ce sens enfin qu'elle pouvait être invoquée par les créanciers sociaux et par les créanciers des associés eux-mêmes, en leur nom personnel. Cette nullité, avec ses caractères spéciaux, se distinguait donc absolument des nullités de droit commun.

La loi de 1867 ayant refondu les dispositions du Code de commerce relatives à la publicité, il n'est pas étonnant que les nullités résultant de la loi actuelle soient, comme celles qu'elles reproduisent, des nullités *spéciales*, et ceci n'a pas été contesté pour les nullités dérivant du défaut de publicité. Mais on a prétendu que les nullités pour violation des conditions intrinsèques prescrites pour la constitution des sociétés par actions ne seraient pas semblables à celles de l'article 42 du Code de commerce, et produiraient des effets plus étendus; nous pensons au contraire qu'il ne faut pas faire de distinction parmi les nullités de la loi de 1867, entre celles de l'article 41 et celles de l'article 56.

La nullité prononcée par l'article 41 est de même nature — ceci ne fait pas de doute — que la nullité édictée par l'article 7, ancien article 6 de la loi de 1856. Or, d'après M. Duvergier, alors conseiller d'Etat et qui avait, à ce titre, collaboré à l'œuvre législative, la nullité prononcée par la loi de 1856 avait *une grande analogie* avec la nullité de l'article 42 du Code de commerce, et la rédaction de l'article 6 semblait elle-même indiquer que dans la pensée du législateur *les deux nullités ont un caractère semblable et doivent produire les mêmes effets* (1). La loi du 23 mai 1863 fournit d'ailleurs un argument décisif : dans cette loi, la nullité prononcée par l'article 24 visait les articles 1 à 7 et les articles 8 et 9, c'est-à-dire à la fois les conditions constitutives et le système de publicité reproduit du Code de commerce : dès lors il faudrait admettre ou que dans un même article la nullité n'était pas *une*, ce qui serait une grande anarchie juridique, ou que la nullité *une* dans la loi de 1863 s'est retrouvée *diverse* dans la loi de 1867, sans qu'on puisse donner une preuve ou une raison quelconque de ces changements!

(1) Duvergier, *Coll. des lois*, 1867, p. 343.

Ainsi, pour nous, il n'est pas douteux que toutes les nullités de la loi de 1867 soient de même nature et produisent les mêmes effets que celles de l'article 42 du Code de commerce. Ce sont donc, comme nous l'avons dit, des nullités spéciales, et notre but doit être d'étudier avec soin les règles qui les gouvernent. Ceci fera l'objet de trois sections : l'une consacrée à l'action elle-même, à sa nature, à sa durée, aux personnes qui peuvent s'en prévaloir; les deux autres, où nous exposerons les effets proprement dits de la nullité tant à l'égard des tiers qu'entre les associés. Dans une quatrième section nous étudierons d'une manière toute particulière les responsabilités civiles résultant pour certaines personnes de la nullité de la société.

Section I. — DE L'ACTION EN NULLITÉ.

La nullité résultant de la loi de 1867, comme les nullités pour cause d'erreur, de dol, de violence, doit être demandée en justice, et la société est présumée valable jusqu'au moment où la nullité est déclarée par jugement. « Les actes entachés de nullité, disent MM. Aubry et Rau (§ 37), restent efficaces tant que l'annulation n'en a point été prononcée par le juge... A cet égard il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas où la loi se borne à ouvrir contre un acte une action en nullité, et ceux où elle en déclare elle-même la nullité, soit d'une manière pure et simple, soit avec addition des mots *de droit* ou *de plein droit.* » D'ailleurs, il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point pour les sociétés par actions : l'article 8 de la loi de 1867 parle des cas où la société a été *annulée*, et l'article 42 fait une distinction formelle entre le moment où la nullité est *prononcée* et celui où elle a été encourue. Mais, d'autre part, les nullités de la loi de 1867 étant des nullités de plein

droit, puisque le législateur les a impérativement édictées, elles ne sont pas soumises à l'appréciation des tribunaux, et il ne dépend pas des juges d'accueillir ou de rejeter la demande, lorsqu'elle a été formée par un intéressé.

§ I. — *Qui peut intenter l'action en nullité et à qui la nullité peut-elle être opposée ?*

Les articles 7 et 41 déclarent nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société constituée contrairement aux prescriptions légales ; et l'Exposé des motifs de la loi de 1856 a pris soin de spécifier que le mot *intéressés* doit être entendu dans le sens que la jurisprudence lui avait déjà donné à cette époque, sous le régime de l'article 42 du Code de commerce.

La nullité peut être poursuivie par un des *intéressés :* la loi a été violée, l'acte est nul. « Il suffira, dit M. Vavasseur (n° 712), d'un seul actionnaire mécontent qui se mette à la recherche de l'un des nombreux moyens de nullité que fournit l'article 41, pour arrêter, s'il le trouve bon, la société la plus prospère et la précipiter sa ruine. » Nous avons déjà parlé de ces créations d'agences spéciales pour la recherche des nullités dans les actes de société, et des facilités que ces entreprises malhonnêtes ont trop souvent trouvées dans la loi ou la jurisprudence. Nous devons signaler ici un jugement du tribunal correctionnel de la Seine, du 18 juin 1883, qui semble indiquer un retour contre cet abus scandaleux des sanctions de la loi de 1867 : le tribunal de la Seine a déclaré non recevable l'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société anonyme, parce qu'il était établi que les demandeurs s'étaient rendus de mauvaise foi cessionnaires de titres sans valeur, uniquement en vue de faire le procès (*Rev. des Soc.*, 1884,

p. 247). Cette décision n'a pu manquer d'être bien accueillie, parce qu'elle déjoue les tentatives de chantage, et, d'un autre côté, elle méritait d'être mise en lumière, parce qu'elle précise les réserves sous lesquelles l'action en nullité est ouverte à certaines catégories de personnes, aux actionnaires, à leurs créanciers personnels et aux créanciers sociaux.

Le droit d'agir en nullité appartient aux actionnaires, même lorsqu'il n'ont pas versé le montant intégral de leurs actions, et ils ne sont passibles, en aucun cas, de dommages-intérêts à raison de cette action (Civ. cass., 1er févr. 1881, D. P., 82, 1, 21). Un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 7 mars dernier, a rejeté l'action en nullité, introduite par un associé sans avis préalable de l'assemblée générale, parce que les statuts portaient qu'aucun actionnaire ne pourrait intenter sans cet avis une demande en justice contre la société (*Le Droit*, du 26 mars) ; il nous semble cependant qu'une clause de ce genre n'est point opposable à l'action en nullité. Cette action est, en effet, en dehors des pouvoirs de l'assemblée générale : une fois encourues, les nullités édictées par la loi de 1867 n'admettent pas de remède ; d'autre part, elles sont impératives et d'ordre public. Enfin, il n'est pas douteux que les actionnaires aient la qualité d'*intéressés*. Ils peuvent donc individuellement ou collectivement intenter l'action en nullité : il suffit pour cela qu'ils aient encore la qualité d'actionnaires et qu'ils puissent en justifier (1).

Les actionnaires jouant en général un rôle purement passif dans la constitution de la société, on ne peut le plus souvent leur imputer l'irrégularité dont ils se plaignent, et de ce chef encore il n'y a aucune raison de leur refuser l'action en

(1) Paris, 5 août 1869, Sirey, 70, 2, 33; Lyon, 28 janv. 1873, D., 73, 2, 38; Lyon, 9 févr. 1883, D., 83, 2, 113.

nullité. Mais que décider en ce qui concerne les fondateurs et administrateurs coupables ? N'est-ce pas le cas d'appliquer la règle : « *Nemo ex culpa sua debet consequi actionem ?* » La Cour de cassation reconnaît au gérant d'une société en commandite, ayant participé à l'acte de société, le droit d'invoquer la nullité résultant d'une clause illicite des statuts (Civ. rej., 22 nov. 1869, D., 70, 1, 23), et cette solution nous paraît conforme à l'esprit de la loi, qui est de provoquer le zèle de tous ceux à qui la nullité sera profitable. Les associés coupables n'ont pas, il est vrai, un intérêt apparent à la nullité, puisqu'ils sont exposés à en subir les conséquences ; mais ils peuvent cependant avoir intérêt à ce qu'elle soit prononcée à un moment plutôt qu'à un autre, pour que les responsabilités pécuniaires qui leur incombent ne soient pas augmentées. Nous pouvons invoquer d'ailleurs, à l'appui de cette solution, quelques exemples tirés de notre droit civil : ainsi, le mari peut faire révoquer pendant le mariage l'aliénation par lui consentie du fonds dotal, en demeurant néanmoins sujet, s'il y a lieu, aux dommages-intérêts de l'acheteur (art. 1560) ; de même, d'excellents esprits, notamment MM. Aubry et Rau (IV, § 351), reconnaissent au vendeur de la chose d'autrui le droit d'agir en nullité, quoiqu'il ait su, en vendant, que l'objet ne lui appartenait pas (art. 1599), etc.

Lorsque la nullité a été prononcée à la requête des associés, elle ne peut pas être opposée aux créanciers sociaux : c'est la disposition finale de l'article 42 du Code de commerce, reproduite dans les lois de 1856 et 1863 et dans l'article 7 de la loi de 1867. La même restriction n'a point été exprimée, il est vrai, dans l'article 41 relatif aux nullités des sociétés anonymes ; mais il demeure évident, a dit très justement la Cour de Paris, que le législateur n'a entendu cependant déroger en rien à un principe élémentaire et

nécessaire de l'économie des sociétés commerciales, et abolir dans la matière des sociétés anonymes la règle la plus constante du droit commun (Paris, 5 février 1872, D., 74, 2, 235).

Selon M. Bravard, la nullité pourrait être opposée aux tiers par les associés, lorsqu'elle est de telle nature qu'elle n'ait pas dû nécessairement être connue des actionnaires. Mais le savant annotateur de Bravard, M. Demangeat, fait remarquer (I, p. 300) que la loi résiste formellement à cette distinction. La situation des créanciers est d'ailleurs, en toute hypothèse, plus favorable que celle des actionnaires, car la société s'est constituée en dehors d'eux, avec le concours des associés, et ceux-ci ont au moins à se reprocher d'avoir choisi, pour assurer l'exécution de la loi, des mandataires négligents ou infidèles. Il en serait autrement si les créanciers sociaux avaient agi de mauvaise foi et colludé avec les fondateurs : dans ce cas ils conserveraient seulement l'action *de in rem verso* pour se faire rembourser les sommes qui, avancées par eux, auraient profité à la société (Req. rej., 11 déc. 1883, *Gaz. des Trib.* du 13).

Que faut-il décider par rapport aux créanciers personnels ? La nullité peut-elle être opposée par eux aux créanciers sociaux ? Nous nous bornerons à faire ici nos réserves pour ce que nous dirons plus loin sur les conséquences de la société de fait et le concours des créanciers personnels et des créanciers sociaux. Mais ces réserves faites, il ne nous paraît pas douteux que les créanciers personnels aient le droit de provoquer la nullité *nomine proprio*. La controverse sur ce point et sur le sens des mots *intéressés* et *tiers* existait déjà, longtemps avant la loi de 1856, sous le régime du Code de commerce. Or, non-seulement le texte de ce Code a été reproduit sans modification dans les lois de 1856, 1863 et 1867, mais selon l'Exposé des motifs lui-même de la loi de

1856, *le mot « intéressés » doit être pris dans l'acception que lui a donnée la jurisprudence*, déjà fixée à cette époque d'une manière constante en faveur des créanciers personnels (1). Bien plus, la loi de 1867, en prescrivant la mention dans l'extrait du montant des apports et l'indication du capital social, a détruit la seule objection qu'on pût faire à ce système, car ces énonciations intéressent les créanciers personnels, et il n'est plus possible de dire aujourd'hui que rien de ce qui leur serait utile à connaître ne figure dans la publication des sociétés.

Les créanciers personnels des associés ne sont pas déchus de leur droit, quand bien même ils auraient eu en fait connaissance de la nullité : ni le Code de commerce ni les lois postérieures ne refusent l'action aux parties intéressées qui auraient connu le vice affectant la société (Lyon, 28 janv. 1873, D., 73, 2, 38).

Il est entendu, d'ailleurs, que l'action directe appartient aux créanciers personnels dans le cas seulement où leur créance est antérieure ou a acquis date certaine avant la dissolution de la société : c'est bien le moins qu'on puisse exiger pour leur reconnaître la qualité d'intéressés. Selon quelques auteurs ils devraient même justifier que leurs créances existaient déjà au moment de la formation de la société ; mais ce système est trop rigoureux, car les créanciers peuvent souffrir un préjudice, quoique leur titre soit postérieur au pacte social.

Parmi les personnes ayant le droit de provoquer la nullité il faut certainement ranger les créanciers sociaux : ils peuvent avoir intérêt à ce que la nullité soit prononcée, pour écarter, par exemple, l'application de certaines clauses,

(1) *Coll. des lois*, 1856, p. 342; Cpr. Civ. cass., 11 mai 1870, D., 70, 1, 405; Grenoble, 28 déc. 1871, D., 72, 2, 206.

ou même simplement pour arrêter les opérations et conserver leur gage qui est le fonds social. La nullité de la société est aussi un moyen d'arriver à la responsabilité des fondateurs et des administrateurs coupables, c'est-à-dire à la réalisation d'une garantie sur laquelle les créanciers ont dû compter, mais dans le cas seulement où le préjudice résulte de la nullité (V° *Infrà,* Section IV).

La nullité peut être demandée par le syndic de la faillite : le jugement déclaratif de faillite n'a pas, en effet, l'autorité de la chose jugée relativement à la validité de la société, et le plus souvent la connaissance des faits qui ont occasionné la nullité n'est révélée au syndic que par l'accomplissement même de ses fonctions (Angers, 13 janv. 1869, Sirey, 70, 2, 81). Les liquidateurs judiciaires, en leur simple qualité de mandataires des associés, ne peuvent pas demander la nullité dans l'intérêt des créanciers sociaux ; cependant, lorsque ces créanciers ont adhéré à la liquidation, les liquidateurs peuvent les représenter individuellement, *ut singuli*, mais, même dans cette hypothèse, chacun des créanciers représentés doit figurer en nom dans l'instance (Rouen, 1er avril 1881, D., 82, 2, 92).

Les débiteurs sociaux ne sont pas admis à demander la nullité de la société, car ils ne sont pas intéressés à son annulation qui n'aurait pas évidemment le pouvoir de les libérer. On s'est demandé s'il ne fallait pas décider autrement, en ce qui concerne les débiteurs personnels des associés. Leur intérêt n'est pas très apparent ; cependant on a fait observer que ces débiteurs peuvent tirer avantage de la nullité, s'ils ont en même temps une créance contre la société, parce qu'ils auraient ainsi la faculté d'opposer la compensation à leur créancier. Ceci revient à dire d'une manière générale que tout individu ayant un intérêt juridique et légitime à se prévaloir de la nullité peut intenter l'action.

§ **II.** — *Devant quel tribunal doit être intentée l'action en nullité?*

Les actions en matière de société, tant que la société existe, doivent être portées, aux termes de l'article 59 du Code de procédure civile, devant le tribunal du lieu où la société est établie. C'est la disposition générale de l'article 102 du Code civil : le domicile est au lieu *du principal établissement.* Le lieu du principal établissement est ordinairement celui du siège social fixé par les statuts : lorsqu'il n'est pas le même, soit, par exemple, que l'indication ait été purement nominale, soit que le siége social ait été transféré ailleurs, c'est toujours le principal établissement qui détermine le domicile et la compétence, par application des articles 102 et 103 du Code civil.

Sans doute une société peut avoir, indépendamment du domicile établi au lieu du principal établissement, d'autres domiciles spéciaux dans les endroits où elle a, avec une exploitation importante, des agents chargés de la représenter. Mais ces domiciles électifs ne sont, en règle générale, attributifs de juridiction qu'à l'égard des engagements contractés par ces agents, ou à raison des faits qui se sont produits à l'occasion de cette exploitation (1). Pour les actions intéressant la société elle-même et son existence, le tribunal du domicile légal reste seul compétent (2).

La question de savoir où est le principal établissement est subordonnée à l'appréciation arbitraire du juge. D'après les circonstances de la cause, les tribunaux décident tantôt que le domicile est au lieu d'exploitation, tantôt — et plus souvent

(1) Cass., 7 mai 1862, D. P., 62, 1, 230; Cass., 17 avril 1866, D. P., 66, 1, 279.

(2) Cass., 13 mars 1865, D. P., 65, 1, 228; Cass., 13 févr. 1884, *Gaz. des trib.*, du 15.

— qu'il est dans la ville où sont les bureaux, les livres, la caisse, où se réunissent les administrateurs, et où se tiennent les assemblées générales d'actionnaires (1).

Si la nullité est opposée par voie d'exception, le juge saisi de la demande principale est toujours compétent pour statuer sur l'exception.

§ **III** — *Durée de l'action. — Impossibilité de ratification. — Renonciation. — Dissolution, faillite, nullité. — Prescription.*

La nullité résultant de la loi de 1867 est d'ordre public : elle ne saurait être couverte ni par l'exécution volontaire des conventions sociales, ni par une délibération de l'assemblée générale prise spécialement à cet effet ; en un mot, elle subsiste nonobstant toute ratification. Quelques auteurs et d'anciens arrêts avaient pensé, à une époque où les formalités de publicité étaient à peu près les seules auxquelles fût soumise la constitution des sociétés par actions, que la nullité prononcée pour le défaut de publication régulière ne pouvait pas être considérée comme une nullité absolue ayant pour objet l'ordre public. Cette opinion était fondée sur l'article 42 qui déclarait la nullité non opposable aux tiers par les associés. Mais déjà, sous l'empire du Code de commerce, l'opinion contraire avait prévalu, parce que la sanction serait illusoire, s'il était au pouvoir des associés d'en écarter l'application par une ratification formelle ou par une exécution respective qui n'offrirait pas aux tiers les garanties que la loi a voulu leur assurer. D'ailleurs, suivant l'expression de M. Molinier (n° 280), cette nullité est une nullité *pénale*, et par conséquent elle ne saurait être cou-

(1) *Le Droit*, 29 juin et 28 déc. 1876; Cpr. Cass., 10 févr. 1863, Sirey, 63, 1, 199; Cass., 17 avril 1866, D. P., 66, 1, 280.

verte par le fait même des parties à l'égard desquelles elle est prononcée. Or, s'il en est ainsi pour les nullités résultant du défaut de publicité, combien la même raison est plus décisive encore à l'égard de la nullité prononcée par les articles 7 et 41 de la loi de 1867, qui sanctionnent des conditions intrinsèques et substantielles pour la constitution des sociétés par actions (Paris, 24 mars 1859, D. P. 59, 2, 146 ; Civ. cass., 1er févr. 1881, Sirey 83, 1,415).

On a quelquefois confondu à tort la ratification qui suppose la reconnaissance de l'existence de la société avec la simple renonciation au droit de se prévaloir de la nullité. La ratification implique toujours, en effet, renonciation à un droit, mais il peut y avoir renonciation, sans qu'il y ait pour cela confirmation. On a contesté, il est vrai, la validité de toute renonciation, lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue. Cependant, il est certain que l'intéressé a la faculté de poursuivre l'annulation ou de s'abstenir, et personne ne peut le forcer à poursuivre : dès lors, si non content de s'abstenir purement et simplement, il concourt à des actes qui indiquent une volonté déterminée et consciente de ne pas tenir compte des motifs de nullité, cette renonciation constitue un fait acquis sur lequel il n'est plus permis de revenir : « *Remittentibus actiones suas dandus non est regressus* (L. 14, § 9, Dig., XXI, 1). » Ce système a été consacré par la Cour de cassation, dans des espèces où la renonciation s'induisait de ce que les demandeurs en nullité avaient déjà fait prononcer la dissolution de la société, concouru à sa liquidation, touché un dividende, etc., et la Cour suprême a déclaré que les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation à l'effet de décider en fait s'il y a eu ou non renonciation (Req. rej., 24 janv. 1872, D. 72, 1,300 ; Req. rej., 1er mars 1882, D. 83, 1, 130).

Faut-il aller plus loin et admettre qu'en aucun cas l'ac-

tion en nullité ne sera plus recevable après la dissolution? « Par cela même, dit M. Delangle (II, p. 167), que le but de la loi a été d'attacher à l'inobservation de ses prescriptions un danger perpétuel, si le contrat a pris fin, la nullité ne peut plus être proposée. A quoi servirait-il de faire déclarer nulle une société dissoute? L'action en nullité tend à faire cesser les relations sociales : elles n'existent plus, la volonté des parties y a mis fin; ce serait admettre l'effet quand la cause s'est évanouie. » Ce système nous paraît trop absolu, car si la demande en nullité n'est plus recevable après la dissolution, lorsqu'elle ne doit servir à rien (Civ. rej., 7 juil. 1873, D. 73, 1, 327), les conséquences juridiques de l'annulation peuvent être quelquefois différentes de celles de la dissolution, et notamment on peut avoir intérêt à demander la nullité pour empêcher des stipulations illicites de survivre à la société et de présider à sa liquidation. Ne faut-il pas aussi empêcher que les fondateurs et les administrateurs coupables puissent échapper, par la dissolution habilement prononcée, à la responsabilité résultant du préjudice causé par la nullité? Sans doute, sur ce point, la jurisprudence a de beaucoup dépassé la mesure, en faisant de la nullité un moyen fatal d'obtenir des dommages-intérêts (1); mais la dissolution ne doit pas faire obstacle, le cas échéant, à la réparation du préjudice résultant du vice originaire de la société.

On s'est demandé enfin si l'action en nullité est susceptible d'être éteinte par la prescription, et par quel laps de temps doit s'accomplir cette prescription, si elle est admissible.

De savants commentateurs enseignent qu'aucune prescrip-

(1) Civ. cass., 3 juin 1862, D., 63, 1, 24; Lyon, 9 févr. 1883, D., 83, 2, 113; etc.

tion ne peut atteindre l'action en nullité (1). Ce système est celui que nous avons adopté en ce qui concerne les nullités absolues de droit commun, qui ne laissent rien subsister de la convention. Mais les nullités résultant de la loi de 1867 sont des nullités spéciales, différant profondément des nullités de droit commun, et, à notre avis, susceptibles de prescription, à raison même de ces différences. La nullité des articles 41 et 56 n'est pas, en effet, une nullité de non-existence : tant qu'elle n'a pas été prononcée en justice, l'acte existe, et, même après l'annulation, la société est encore réputée avoir existé dans le passé, avec tous les effets d'une société valable.

Quelques auteurs estiment que cette nullité est soumise à la prescription de 10 ans, par application de l'article 1304 du Code civil (2). Mais cette opinion méconnaît, croyons-nous, l'esprit de la disposition qu'elle invoque, car l'article 1304 est fondé sur une présomption de confirmation ; or les nullités résultant de la loi de 1867 ne sont, en aucun cas, susceptibles d'être ratifiées. L'article 2262 est donc le seul qui soit ici applicable (3).

N'y a-t-il pas lieu cependant de réduire cette prescription à un laps de temps de trois années, lorsque la nullité résulte d'un fait délictueux, par exemple de la simulation frauduleuse de souscriptions et de versements (Arg., art. 637 et 638, C. Instr. crim.)? La prescription de trois ans, qui met les fondateurs à l'abri des peines portées par les articles 13 et suivants de la loi de 1867, serait opposable à l'action en nullité si cette action avait pour base unique et exclu-

(1) Dalloz, *Rép.*, v° Société, n° 1263; Pont, II, n° 1239; Lyon-Caen et Renault, n° 435.

(2) Vavasseur, n°s 710 et suiv.; Beslay et Lauras, n° 643.

(3) Guillery, III, n° 1244; Bédarride, L. de 1867, n° 160; etc.

sive le délit correctionnel. Mais l'action en nullité ne résulte pas du délit, elle prend sa source dans la violation des règles établies par la loi de 1867 pour la constitution des sociétés par actions : le délit est tout au plus le fait qui a donné à la nullité l'occasion de se produire (1). D'ailleurs, la prescription du droit civil reste applicable aux actions qui, bien qu'elles résultent d'un délit, n'ont cependant pas pour objet la réparation du dommage causé. Or, l'action en nullité n'a pas pour but d'obtenir cette réparation ; son but est de venger la violation de la loi, elle est la sanction civile, à côté et indépendante de la sanction pénale. Elle reste donc soumise, dans tous les cas, à la prescription de droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans.

Cette disposition est bien rigoureuse, surtout lorsque l'irrégularité a pu être corrigée. La nullité, survivant pendant 30 ans au vice qui lui a donné naissance, n'est plus, après les premiers temps, qu'un instrument de chantage à la disposition de celui qui veut l'exercer. La commission extraparlementaire de 1882 a compris qu'il fallait abréger la durée de cette prescription, et, pour répondre aux préoccupations que l'abus des procès en nullité a produites parmi les sociétés, elle a fixé la prescription de l'action à trois années à compter de la constitution de la société ou de la cause de nullité, si le vice a cessé d'exister avant l'introduction de la demande (art. 44 du projet). Si le vice n'a pas cessé d'exister avant la demande, s'il n'a cessé que depuis, ou n'a jamais cessé, la prescription abrégée, dit le rapport de la commission, ne serait plus applicable.

La prescription n'atteint que l'action en nullité, et non l'exception qu'oppose l'actionnaire contre lequel l'exécution

(1) Paris, 13 janv. 1882, D., 83, 2, 73; Cass., 9 janv. 1882, D., 83, 1, 136; Cpr. Req. rej., 7 mars 1877, Sirey, 78, 1. 97; Paris, 4 avril 1881, *J. Soc. civ. et com.*, 1881, p. 284.

de la société est poursuivie. Cette exception est perpétuelle : « *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* »

§ **IV**. — *De l'autorité de la chose jugée sur l'action en nullité.*

La société doit être mise en cause dans la personne de ses représentants légaux, toutes les fois qu'il s'agit d'un procès sur son existence : la nullité ne peut être prononcée qu'en présence de la société et contradictoirement avec elle (Paris, 1er août 1868, D., 69, 2, 65).

Lorsque la demande a été repoussée contre un intéressé agissant en son nom personnel, le procès peut être renouvelé par chacun des autres intéressés non représentés dans l'instance, et la maxime *Res inter alios judicata...* s'applique alors dans toute son étendue. En vain dirait-on qu'une pareille théorie a pour conséquence de livrer l'existence de grandes entreprises au caprice d'une personne quelconque, d'engager dans des contestations interminables, à leur insu et contre leur gré, de nombreux intéressés, de provoquer des décisions contradictoires sur des causes identiques : ces considérations ne sauraient prévaloir contre le principe fondamental de l'effet relatif de la chose jugée.

En vain objecterait-on encore l'article 17 de la loi de 1867, qui accorde aux groupes d'actionnaires, représentant le vingtième au moins du capital social, le droit d'agir par mandataires contrairement à la maxime : « *Nul en France ne plaide par procureur.* » Cet article lui-même réserve expressément l'action que chaque associé peut intenter individuellement à ses risques et périls (Civ. cass. 25 janv. 1881, D., 81, 1, 252).

De même l'action en nullité formée par des créanciers personnels des associés ne peut être repoussée par une fin

de non-recevoir tirée de la chose jugée sur une action tendant aux mêmes fins, mais intentée par des créanciers sociaux (Grenoble, 28 déc. 1871, Sirey, 72, 2, 37).

Les effets du jugement qui annule la société sont-ils limités à celui qui l'a obtenu, étant sans mandat pour représenter ses coïntéressés, ou la société est-elle réputée nulle à l'égard de tous? Et, à l'inverse, lorsque la nullité a été prononcée contre une personne n'ayant pas qualité pour ester en justice au nom de la société, le jugement produit-il ses effets contre les associés? Il est certain, d'une part, que dans ce dernier cas le jugement n'a pas, à l'égard des associés, l'autorité de la chose jugée, et qu'ils sont admis à y former tierce-opposition sans avoir besoin d'alléguer la collusion. Mais, d'autre part, le jugement qui prononce la nullité a un effet général, tant qu'il n'est pas rétracté, et les associés ne sont pas fondés à en repousser l'exécution par la maxime : « *Res inter alios judicata, aliis nec prodest, nec nocet* (1). »

Ces deux propositions n'ont rien de contradictoire : le résultat tient uniquement au caractère indivisible de la nullité, mais l'effet relatif de la chose jugée n'est pas méconnu. En effet, si le jugement avait à l'égard des associés non représentés l'autorité de la chose jugée, ils ne seraient reçus à y former tierce-opposition que pour cause de fraude ou de collusion, comme il arrive lorsque la nullité a été prononcée contre les mandataires réguliers de la société, condamnés en cette qualité. Dans cette dernière hypothèse, c'est-à-dire lorsque les administrateurs n'ont pas agi de bonne foi et ont laissé frauduleusement déclarer une nullité qui n'avait pas sa raison d'être, les associés

(1) Req. rej., 2 juillet 1873, D. P., 74, 1, 49; Cpr. Trib. com. de la Seine, 12 août 1882, *Gaz. des trib.*, du 1er septembre.

sont bien admis à demander, par la même voie de la tierce-opposition, la rescision du jugement rendu en fraude de leurs droits (art. 1167 C. civ., 873 C. pr. cbn.), parce que c'est n'être point représenté que l'être par un plaideur de mauvaise foi ; mais ils sont tenus d'alléguer et de prouver la collusion pour détruire l'autorité de la chose jugée qui normalement devrait leur être opposable. Au contraire, les intéressés qui ne sont même pas censés avoir été représentés, peuvent former tierce-opposition sans alléguer la fraude (Cass., 5 janv. 1880, *J. Soc. civ. et com.*, 1880, p. 360) ; s'ils ne réclament pas, le jugement sera exécuté contre eux, parce que la nullité est un fait indivisible. Et à cause aussi de ce caractère, si le jugement est rétracté sur la tierce-opposition, les effets du nouveau jugement ne seront pas limités au tiers-opposant, le premier sera anéanti à l'égard de tous les intéressés.

Un autre élément de la chose jugée, l'identité de cause, a soulevé une grande controverse sur le point de savoir, d'une manière générale, s'il y a lieu à autant d'actions et d'exceptions de nullité qu'il y a de vices distincts affectant un contrat, ou si la *deductio in judicium* de l'une seulement de ces causes entraîne celle de toutes les autres. Nous nous contenterons d'indiquer ici l'application aux causes de nullité visées par la loi de 1867 du système le plus généralement adopté et consacré par la jurisprudence (Req. rej., 13 avril 1869, D. P., 70, 1, 124).

On n'exige pas que toutes les causes justificatives de l'action en nullité soient formulées simultanément, mais on refuse d'admettre, d'autre part, qu'il y ait autant de causes séparées et distinctes que de vices différents. Il faut donc distinguer entre la cause directe et immédiate de l'action et les causes secondaires ou médiates, en d'autres termes les moyens à l'aide desquels la cause principale

peut être prouvée. Ainsi, pour arriver de suite aux sociétés anonymes, la nullité résultant de l'absence du dépôt conforme à l'article 55 et la nullité résultant du défaut de publication de l'extrait prescrit par l'article 56, ne sont, à proprement parler, que les moyens d'établir une cause de nullité plus générale, celle résultant du défaut de publicité : la violation de l'article 56 ne pourrait donc pas servir de fondement à une action en nullité après le rejet d'une demande basée sur la violation de l'article 55. Il faut réunir dans une seule catégorie, dans un seul groupe, dans une seule demande, toutes les causes secondaires et médiates de la cause directe et immédiate qui est le défaut de publicité. Mais que doit-on décider en ce qui concerne les nullités pour inaccomplissement des conditions constitutives intrinsèques? Certaines de ces nullités sont intimement liées l'une à l'autre, au point de se confondre parfois, et celui qui, après avoir vainement invoqué le défaut de versement du quart, exciperait du défaut de souscription intégrale ou de la non-vérification des apports, aurait ainsi, dans la plupart des cas, un moyen de renouveler sa demande sur une cause identique. Cependant, à l'égard de ces nullités, il y a lieu, croyons-nous, à autant d'actions qu'il y a de vices distincts, car chacune des prescriptions, visées par l'article 41, est absolument séparée *en droit*, et ne se rattache à aucune cause plus générale de nullité.

Section II. — EFFETS DE LA NULLITÉ DANS LES RAPPORTS DES ASSOCIÉS AVEC LES CRÉANCIERS SOCIAUX. — CONCOURS DES CRÉANCIERS PERSONNELS ET DES CRÉANCIERS SOCIAUX.

Dans leurs rapports avec les associés, les créanciers sociaux — les tiers, dit la loi, — peuvent, à leur gré et suivant leur intérêt, tenir pour valable la société irrégulièrement consti-

tuée, ou se prévaloir de la nullité et en invoquer les effets. Ils n'ont, à eux tous, qu'un parti à prendre : si l'un d'eux croit de son intérêt d'exciper de la nullité, les autres sont obligés d'en subir les conséquences, parce que la nullité prononcée à la requête de tout intéressé, autre qu'un associé, est opposable aux autres intéressés.

Lorsque les créanciers ont opté pour la validité de la société, ils peuvent agir contre elle, malgré le jugement déclaratif de nullité, comme si cette société avait réuni toutes les conditions d'existence légale requises pour sa formation ; notamment, ils peuvent la faire déclarer en faillite.

La Cour de Paris avait d'abord hésité à prononcer la faillite d'une société viciée dans sa constitution, et, dans un arrêt du 3 mars 1870, elle déclarait qu'une société frappée de nullité ne peut pas être mise en faillite, parce qu'elle ne constitue pas un être moral distinct des membres qui la composent (D., 70, 2, 103). Il faut noter que, dans l'espèce, le débat avait lieu exclusivement entre les associés et les créanciers sociaux, en dehors de toute intervention des créanciers personnels.

Cette circonstance avait été néanmoins mise en lumière par M. l'avocat général Hémar, dont la Cour ne crut pas alors devoir adopter les conclusions. « Comment, disait M. Hémar, les associés pourraient-ils se défendre contre la demande en déclaration de faillite portée par les tiers? Les tiers, partant de cette idée que la société existe et ne paie plus, demandent sa mise en faillite. Les associés, impuissants à contester la cessation des paiements, pourront-ils se prévaloir de l'inexistence de la société? Non, car ce serait invoquer, à l'égard des tiers, la nullité... Qu'on y réfléchisse bien, ajoutait l'honorable avocat général. La procédure de la faillite n'est en elle-même qu'un mode de liquidation organisé en vue de protéger plus efficacement les droits des commerçants frappés

par un désastre commun. Or, voici une société, non publiée, il est vrai, mais fonctionnant comme association régulière, ayant..., en un mot, toute sa notoriété effective; cette société crée un passif qu'elle ne peut acquitter, et il lui suffira d'invoquer l'inobservation de la loi pour frustrer ses créanciers et se soustraire au régime protecteur de la faillite. » Encore une fois, ce serait violer le principe que la nullité n'est pas opposable aux tiers.

Cette argumentation était décisive, et on l'a bien compris, car il est généralement admis aujourd'hui que les créanciers sociaux peuvent exiger la mise en faillite de la société, lorsqu'ils se trouvent en présence des associés seulement (Req. rej., 15 mars 1875, D, 76, 1, 312). Mais il ne faut pas perdre de vue que la mise en faillite de la société n'est plus possible dans le cas où les créanciers personnels des associés sont intervenus dans l'instance, parce que les créanciers personnels peuvent opposer la nullité aux créanciers sociaux, et que l'être moral disparaît alors avec toutes ses conséquences (Cass., 24 août 1863, D., 63, 1, 355; Lyon, 28 janv. 1873, D., 73, 2, 38).

En est-il de même, en dehors de l'intervention des créanciers personnels, lorsque la nullité a été prononcée à la requête des créanciers sociaux? La question est controversée (1); plusieurs arrêts décident que la nullité n'est pas opposable au syndic de la faillite, alors même que la nullité a été demandée par lui, et qu'il n'y a pas lieu par conséquent de prononcer le rapport de la faillite. La loi, a-t-on dit, ne distingue pas, pour l'application du principe général que la nullité ne peut pas être opposée aux tiers, entre le cas où la nullité a été demandée par les créanciers ou par d'autres

(1) V. les autorités et les arrêts cités dans la *Rev. des Soc.*, 1884, p. 287; Lyon, 18 mars 1884, *Ibid.*, p. 284.

intéressés ; or il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne l'a point fait. D'ailleurs, cette distinction conduirait à des conséquences inadmissibles, et il s'ensuivrait que le syndic ne pourrait, sans faire évanouir la faillite, poursuivre les actions en responsabilité, qui intéressent le plus la masse des créanciers.

Cette dernière affirmation est trop générale. Sans doute, si les créanciers sont obligés, pour obtenir la déclaration ou le maintien de la faillite, de ne pas tenir compte de la nullité, ils ne pourront pas exercer l'action en responsabilité basée sur l'article 42. Mais leurs intérêts sont néanmoins sauvegardés, car ils ne sont pas déchus du droit d'intenter contre les fondateurs coupables, abstraction faite de la nullité, une action ordinaire en dommages-intérêts, l'action de droit commun, consacrée et réglée par les articles 1346 et suivants, 1382 et 1383 du Code civil.

L'autre raison ne nous paraît pas mieux fondée : la loi déclare, il est vrai, d'une manière générale, que la nullité ne peut pas être opposée aux tiers par les associés, mais elle laisse évidemment en dehors de cette règle le cas où les créanciers ont, de leur plein gré, opté pour la nullité, où le syndic s'est suicidé lui-même, en demandant l'annulation. Quelle que soit leur option, les créanciers ne peuvent pas diviser les conséquences du choix qu'ils ont fait ; ils ne peuvent pas surtout soutenir que la société n'est point nulle, après l'avoir fait annuler ; enfin, ils n'ont pas le droit de se plaindre d'une situation qu'ils se sont volontairement créée. Tout intéressé peut donc, dans cette hypothèse, demander le rapport de la faillite et la nomination d'un liquidateur, qui sera substitué au syndic.

Nous ne parlerons pas ici de la mise en faillite personnelle des fondateurs et des administrateurs coupables. Cette question se rattache à l'étrange théorie de la substitution des

fondateurs à l'être moral anéanti, théorie que la jurisprudence a créée pour rendre plus rigoureuses les responsabilités.

La nullité n'a pas, d'ailleurs, pour effet de faire considérer comme non avenues les conventions passées avec les tiers. C'est donc à tort que la Cour de cassation déclarait, dans un arrêt du 18 février 1879, qu'une société nulle est incapable, en cette qualité, de s'engager valablement par ses représentants (D., 79, 1, 265). Aucune loi, dit M. Guillery, n'exprime « qu'une nullité de forme anéantisse tout ce qui s'est fait avant l'annulation de l'acte, et même si une loi le disait expressément, il faudrait encore dans l'application admettre des tempéraments. Avant de consacrer un principe qui doit placer les sociétés annulées dans un véritable état d'anarchie juridique, laissant le droit désarmé, mettant les associés et les tiers dans l'impossibilité de défendre leurs intérêts..., il faudrait être bien sûr que toute autre solution est impossible, il faudrait être vaincu par une loi fatale et aveugle comme le destin. »

La thèse, d'après laquelle aucun lien de droit ne pourrait se former entre une société irrégulièrement constituée et des tiers, méconnaît les conséquences de l'existence d'une société de fait, d'une communauté licite créée par la volonté respective des parties. La Cour de cassation n'a jamais adopté cette thèse, et si l'arrêt précité contient quelques exagérations de langage, elles s'expliquent par les circonstances défavorables de l'espèce (Cpr. Req. rej., 28 février 1859, D., 59, 1, 232).

Il est notamment de jurisprudence qu'une société ne peut, en aucun cas, opposer son irrégularité et sa nullité aux tiers de bonne foi porteurs d'obligations, du moment qu'elle a fonctionné et réalisé des émissions par ses mandataires dûment autorisés par elle, et ayant qualité pour l'engager (1).

(1) Paris, 10 décembre 1880, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, p. 378.

La nullité a seulement pour effet de rendre exigibles les créances à terme, et il peut arriver par là que les créanciers sociaux n'échappent pas complètement aux conséquences de la nullité, même lorsqu'ils ont l'intention de n'en pas tenir compte. Mais on ne peut ni sacrifier les créanciers à terme ni retarder les opérations de la liquidation jusqu'à l'échéance de ces créances, et ces raisons qui ont fait assimiler les effets de la déconfiture, quant au terme, aux effets de la faillite, sont également applicables à la nullité (Paris, 16 août 1879, *J. Soc. civ. et c.*, 1880, p. 118).

La société annulée reste donc tenue de ses engagements : mais dans quelle proportion, lorsqu'il s'agit d'obligations à primes? Il est incontestable que les porteurs ne doivent pas prétendre à obtenir la totalité de la prime de remboursement ; car, la prime n'étant que la capitalisation d'une fraction d'intérêts laissée à la disposition de la société, on ne saurait exiger le paiement d'un intérêt à courir après le remboursement. D'autre part, il serait injuste de priver les porteurs d'obligations de la plus-value déjà acquise par le capital prêté, et de ne pas tenir compte des risques auxquels ils ont été exposés jusqu'au jour où la nullité a été prononcée. La jurisprudence décide avec raison que les obligations doivent être remboursées au taux de leur émission, avec une fraction de la prime, proportionnelle au temps écoulé et à la durée totale du délai fixé pour le remboursement (1).

Une autre application du principe que l'annulation de la société n'a pas pour résultat d'entraîner la nullité des conventions passées avec les tiers, consiste dans l'obligation, à la charge des actionnaires, d'effectuer les derniers versements.

(1) Douai, 24 janv. 1873, D. P., 74, 2, 203; Paris, 10 déc. 1880 et 18 mars 1881, *J. Soc. civ. et com.*, 1883, pp. 378 et 385.

Les souscriptions constituent, indépendamment du contrat de société, un contrat spécial, qui implique virtuellement, de la part des actionnaires, un mandat donné aux administrateurs de les engager envers les tiers jusqu'à concurrence du montant des actions. Les tiers qui contractent avec la société apparente ont donc réellement la société pour débitrice, c'est-à-dire les actionnaires, dans les limites de leurs souscriptions (1). Ceux-ci sont dès lors obligés directement envers les créanciers de la société, conformément aux règles du droit commun en matière de mandat ; et « tant qu'il reste des dettes sociales à acquitter, dit M. Choppard (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 791), les actionnaires, souscripteurs ou cessionnaires, sont tenus, malgré la nullité de la société, du versement complémentaire de leurs actions. » Le droit des créanciers ne saurait être atteint par l'effet d'une nullité qui détruit seulement l'existence *légale* de la société ; celle-ci, nulle comme personne sociale, défend son passé et ses actes à la faveur des règles relatives à la société de fait (Req. rej. 2 juillet 1875, D., 74, 1, 49 ; Paris, 18 févr. 1881, *Gaz. des Trib.*, du 21 avril).

Les conventions passées entre les associés de fait et les tiers sont, d'ailleurs, opposables aux créanciers personnels des associés, car, si les créanciers personnels sont autorisés à contester la validité de la société pour détruire les effets de la personnalité morale, ils ne peuvent pas dénier l'existence de la société de fait, et méconnaître les obligations qui résultent pour leur débiteur des engagements contractés par lui, ou des actes du conseil d'administration, dans les limites de sa souscription. La nullité prononcée du chef des créanciers personnels a pour effet d'anéantir l'être moral,

(1) Req. rej., 28 févr. 1844, D., 44, 1, 145; Cpr. Pont, II, n° 1450; Vavasseur, n° 523.

mais elle ne peut pas faire qu'il n'ait point existé une société de fait, et par suite tout un ensemble d'opérations dont il est impossible de faire abstraction. Les créanciers sociaux ont donc le droit d'exciper de l'existence de fait de cette société, pour se faire payer, concurremment avec les créanciers personnels, sur la part revenant à chacun des associés ; et ce droit de concurrence peut être exercé même sur les mises sociales non encore versées, ces mises étant dues, non pas aux associés personnellement, mais à la société de fait, dont l'actif est affecté aux créanciers sociaux et aux créanciers personnels (Limoges, 10 mars 1848, D. 48, 2, 163).

Ne faudrait-il pas aller plus loin, et déclarer que, malgré la nullité, les créanciers sociaux restent préférables sur l'actif de la société aux créanciers personnels des associés? Sans doute si, comme on le prétend, le droit exclusif des créanciers sociaux constituait l'un des effets de la personnalité morale, la nullité aurait pour résultat de détruire ce privilège. Mais pourquoi recourir à une fiction? « La théorie de la personnalité civile, dit un publiciste contemporain, est inutile dans notre droit moderne, pour expliquer certains effets juridiques qui se produisent quand il y a eu une association. » La mise d'une chose en commun est une sorte d'aliénation : si les biens qui constituent l'apport n'étaient pas auparavant grevés d'une affectation spéciale, l'associé a parfaitement le droit de les soustraire à ses créanciers par la mise en société, comme par toute autre aliénation. Or, personne ne conteste qu'il y ait dans les sociétés annulées un fonds social partageable d'après le mode et suivant les conditions établies pour les sociétés régulières ; une jurisprudence constante décide qu'entre les associés la nullité n'affecte que l'avenir, que la convention sociale régit le passé, que chaque associé doit exercer les droits dont il y trouvait le germe et subir

les obligations qui s'y trouvaient écrites. Pourquoi dès lors faire aux créanciers, innocents de toute faute, une condition plus mauvaise que celle des associés, coupables d'infractions à la loi? Pourquoi reconnaître, au profit de ces derniers, l'existence d'un fonds social, si ce fonds social n'existe pas au regard des créanciers.

Le système du concours blesse l'équité, parce que la société ayant fonctionné au vu et au su de tous, comme une société régulière, les créanciers sociaux ont dû compter sur l'avoir social pour gage exclusif de leurs créances; les créanciers personnels des associés n'ignoraient pas au contraire que leurs débiteurs avaient conservé le droit d'accorder à d'autres créanciers une cause légitime de préférence sur leurs biens. On a dit, il est vrai, qu'une société annulable est réputée frauduleuse : mais l'exercice de l'action paulienne exigerait la preuve d'un concert frauduleux entre le débiteur et les créanciers sociaux. Or, dans la plupart des cas, ces derniers n'ont pas connu la nullité, et n'ont eu aucun moyen de la connaître.

Est-ce à dire pourtant que la jurisprudence ait méconnu l'esprit de la loi de 1867, en admettant les créanciers personnels à concourir avec les créanciers sociaux (1)? Nous ne le pensons pas : nous croyons en effet que le législateur de 1867, ainsi que les rédacteurs du Code de commerce et des lois postérieures, ont envisagé le droit exclusif des créanciers sociaux comme une conséquence de la personnalité morale, et qu'en reconnaissant aux créanciers personnels le droit de provoquer la nullité, ils avaient principalement en vue de les admettre à concourir avec les créanciers sociaux sur les biens de la société. C'est donc à la loi elle-même, et

(1) Civ. rej., 13 févr. 1855, D. P., 55, 1, 308; Civ. cass., 11 mai 1870, D. P., 72, 2, 206; Civ. rej., 7 juillet 1873, D. P., 73, 1, 327.

non à la jurisprudence, que s'adressent, sur ce point, nos observations.

Le projet de loi élaboré par la commission extra-parlementaire de 1882, réserve aux créanciers sociaux leur droit de préférence sur l'actif social, malgré la nullité. *Toutefois, ce droit de préférence*, ajoute l'article 43 du projet, *ne pourra s'appliquer aux versements à faire par les actionnaires sur le montant de leurs actions.* Ces versements, dit le Rapport de la commission, « sont des sommes d'argent, dont les actionnaires sont débiteurs comme de toutes leurs autres dettes. La société n'avait sur leur patrimoine aucune cause légitime de préférence ; donc, à cet égard, égalité complète entre les créanciers sociaux, qui viennent exercer les droits de l'ex-société et les créanciers personnels des associés.

Ainsi, sous l'empire de la loi actuelle, les créanciers personnels viennent en concours avec les créanciers sociaux, mais leur droit est néanmoins subordonné à la condition que leurs créances soient antérieures à la dissolution. M. Pardessus (IV, n° 1009) aurait même voulu que le droit de concours ne pût être exercé que par les créanciers antérieurs à la formation de la société. Mais ce serait aller trop loin, car les créanciers postérieurs à la constitution de la société peuvent se trouver lésés par une convention qui a pour effet de diminuer leur gage. Cependant, s'ils avaient connu, au moment de contracter, l'existence du lien social qui attachait leur débiteur à la société, ils devraient, croyons-nous, subir dans cette hypothèse tous les effets de l'association (Civ. cass., 18 mars 1851, D., 51, 1, 51, Cpr. Cass., 19 janv. 1881, D., 81, 1, 265).

Section III. — EFFETS DE LA NULLITÉ DANS LES RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

Les effets de la nullité, dans les rapports des associés entre eux, diffèrent suivant que l'annulation a précédé ou suivi le commencement des opérations sociales et le fonctionnement de la société. Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque la nullité est prononcée avant toute opération, les actionnaires ont le droit de refuser les versements non effectués et d'exiger le remboursement des sommes qu'ils ont effectivement payées : ceci ne reçoit point de difficulté.

Au contraire, lorsque des actes ont été accomplis, ou des intérêts engendrés par le fait de l'exercice d'une société annulée, il résulte de là une communauté produisant entre les parties des rapports respectifs à liquider et à régler. En étudiant les effets des nullités absolues de droit commun, nous avons admis, contrairement à l'opinion générale de la doctrine et de la jurisprudence, que cette communauté doit, dans tous les cas, quelle que soit la cause de nullité, donner lieu à une liquidation : cette solution n'est pas contestée, en ce qui concerne les nullités résultant de la loi de 1867 (Cass., 7 février 1865, D., 65, 1, 289; Cass., 24 juillet 1867, Sirey, 67, 1, 328).

§ I. — *Mode de liquidation. Combinaison de la nullité, de la liquidation et de la faillite.*

Aucune disposition législative ne règle chez nous le mode de liquidation des sociétés annulées; le jugement qui prononce la nullité, nomme ordinairement des liquidateurs et leur confère les pouvoirs les plus étendus. Les opérations sont les mêmes qu'après la dissolution d'une société régulière,

et, dans les deux cas, les pouvoirs des liquidateurs comprennent d'une manière générale tout ce qui est nécessaire pour mener leur mandat à bonne fin.

Comment concilier, en cas de déclaration de faillite, avec les attributions des syndics, les pouvoirs des liquidateurs nommés à la suite du jugement qui prononce la nullité? Quelques auteurs avaient supprimé la difficulté, en refusant d'admettre qu'une société anonyme puisse être déclarée en faillite, au moins après sa dissolution (1). Mais nous savons que cette opinion n'a pas prévalu, et, en effet, on ne pouvait pas permettre aux associés de priver les créanciers, par une dissolution habilement amenée, d'un mode de liquidation plus favorable, que la loi a organisé dans leur intérêt. Sans doute, comme dans le cas où le failli serait absent ou décédé, les formalités relatives à sa personne ne peuvent pas être accomplies, mais toutes celles qui concernent les créanciers pourront être exécutées.

La faillite dessaisit, il est vrai, le failli, et enlève ainsi aux liquidateurs le droit d'exercer la plus grande partie de leurs fonctions, car il ne saurait y avoir deux administrations, et tous les efforts de la loi tendent à concentrer les opérations de la faillite dans les mains des syndics (art. 532). Mais le dessaisissement dont est frappé le failli ne lui enlève pas tout droit et tout intérêt; il peut encore faire certains actes, et il doit concourir dans une certaine mesure aux opérations de la faillite : il est appelé, dans beaucoup de cas, pour veiller lui-même à ses intérêts, notamment pour assister à l'assemblée des créanciers, qui doit entendre le compte des syndics provisoires, et procéder, soit au concordat, soit au contrat d'union; quelquefois même, c'est lui qui décide (art. 487, C. com., *in fine*). Il peut assister à la vérification des

(1) Renouard, *Traité des faillites*, 2me édit., p. 257; Massé, II, n° 1169.

créances, fournir des contredits aux vérifications, élever des réclamations contre les opérations des syndics, demander à être entendu par le juge commissaire, etc. (1). Or, dans tous ces actes, les liquidateurs exercent les droits du failli; ils représentent la société annulée et les actionnaires, en vertu du mandat que leur a conféré le jugement d'annulation. L'intervention des liquidateurs est donc recevable, comme celle du failli lui-même, dans toutes les instances concernant la faillite. Ainsi leur rôle à côté des syndics ne constitue pas un double emploi, car dans toute faillite il doit y avoir place pour les créanciers et pour le débiteur ; leurs pouvoirs seulement, au point de vue de la liquidation elle-même, sont presque anéantis (Civ. rej., 9 mars 1854, D., 54, 1, 203 ; Req. rej., 21 janvier 1874, D., 74, 1, 312).

§ **II.** — *Bases de la liquidation. Société de fait. Conséquences. Validité des négociations d'actions.*

Les nullités de droit commun ne laissent subsister du passé qu'une communauté de fait, pour la liquidation de laquelle on ne doit tenir aucun compte des conventions sociales, et nous avons critiqué, dans la première partie de cette Etude, la jurisprudence qui admet la liquidation de certaines sociétés illicites, sur les bases des statuts. La question qui se pose est celle de savoir s'il faut appliquer la même solution aux nullités résultant de la loi de 1867.

Sous l'empire du Code de commerce, quelques auteurs enseignaient que les accords sociaux, frappés de nullité en vertu de l'article 42, ne pouvaient pas plus être invoqués pour le passé que pour l'avenir, et que les faits accomplis devaient être réglés uniquement par les principes généraux

(1) Art. 443, 467, 477, 478, 487-488, 494, 505-506, 519, 532, 537, etc. C. com.

du contrat de société. Mais cette opinion n'avait pas prévalu : elle était, croyons-nous, contraire à l'intention des rédacteurs du Code de commerce, qui avaient voulu marquer d'une sanction efficace les dispositions de l'article 42. Or, les jurisconsultes de 1807 savaient que dans notre ancien droit ni l'ordonnance de Roussillon de 1563, ni l'ordonnance de Blois de 1579, ni l'ordonnance de 1673, n'avaient pu être exécutées dans leurs dispositions relatives aux formalités de publicité imposées à certaines sociétés, parce que les tribunaux, effrayés de l'anarchie juridique qui serait résultée de nullités prononcées trop rigoureusement, avaient refusé de les appliquer ; et les rédacteurs du Code de commerce, instruits par l'expérience, avaient eu d'abord la pensée de sanctionner seulement d'une amende les règles de l'article 42 : ce fut comme à regret qu'ils prononcèrent la peine de nullité. Ainsi, l'esprit de la loi commande donc de restreindre, autant que possible, les effets de cette nullité.

Le contrat annulé pour défaut de publicité ne manque, d'ailleurs, d'aucun des éléments que suppose sa nature ; en réalité, il y a eu consentement, et ce consentement n'est entaché d'aucun vice qui le rende inefficace en lui-même. L'omission des formalités arbitraires de publicité entraîne l'annulation de la personne sociale, qui serait, comme on l'a dit, un danger pour les tiers et une cause de surprise dans le monde des affaires, mais elle n'anéantit pas des conventions librement formées et pour la validité desquelles aucune condition de forme n'est prescrite. Si ces conventions restent sans effet pour l'avenir, c'est uniquement afin de faire disparaître la personne sociale irrégulièrement constituée ; pour le passé, elles obligent ceux qui les ont acceptées, de telle sorte qu'entre les parties contractantes la société est plutôt dissoute qu'annulée : dissolution, tel est le mot propre, dit M. Labbé, et non pas nullité (Note dans

Sirey, 73, 2, 179). Il est à regretter que la commission extra-parlementaire de 1882 n'ait pas expressément consacré ce principe, qui est la base de toutes les solutions.

Cette opinion est accceptée aujourd'hui, d'une manière générale, en ce qui concerne les nullités pour défaut de publicité (1). Mais la doctrine paraît disposée à adopter un autre mode de liquidation, lorsque la nullité résulte de l'inaccomplissement des conditions constitutives intrinsèques. La liquidation devrait être faite exclusivement, dans cette hypothèse, d'après les principes généraux du contrat de société.

Nous avons indiqué déjà, dans les observations générales placées au début de ce chapitre, que la nullité prononcée par l'article 41 est, à notre avis, absolument semblable, dans sa nature comme dans ses effets, à la nullité du Code de commerce. Nous ne reviendrons pas sur ce qui a été dit alors ; les raisons invoquées par les partisans de l'opinion contraire n'y portent aucune atteinte. Il est vrai que l'article 41, au lieu de se borner simplement à dire que la société irrégulièrement constituée est *nulle*, a ajouté les mots : *et de nul effet;* mais c'est là une pure redondance, car ce qui est nul, ce qui ne vaut point, ne doit, en règle générale, produire aucun effet. La difficulté de la matière des nullités consiste justement à déterminer le sens et l'application de ce principe. Le législateur qui crée les nullités arbitraires, comme sont les nullités de la loi de 1867, peut à son gré mesurer leurs effets; or, nous avons établi plus haut que le législateur n'avait pas entendu attribuer aux nullités édictées par la loi de 1856 et par les articles 7 et 41 de la loi de 1867, d'autres effets qu'aux nullités résultant du défaut de publicité.

(1) Civ. rej., 19 mars 1862, D., 62, 1, 407; Toulouse, 13 mai 1882, D., 83, 2, 37.

C'est donc à bon droit que la jurisprudence n'a jamais distingué pour la liquidation entre les diverses nullités prononcées par la loi de 1867. La Cour de cassation a déclaré notamment, à l'occasion d'une nullité pour défaut de vérification des apports, que cette nullité ne saurait empêcher qu'il ait existé dans le passé une communauté d'intérêts licite en elle-même et créée par la libre volonté des parties, « qui doit se régler et se liquider en prenant pour base leur commune intention, laquelle n'a pu être autre que celle exprimée par le pacte social dont cette communauté n'était en définitive que l'exécution (1). » Il est toutefois évident que les stipulations contraires à la loi, et qui, pour cette raison, ont entraîné l'application de l'article 41, ne doivent pas survivre à la société ; on doit procéder à la liquidation sans avoir égard aux clauses illicites (Civ. rej., 22 nov. 1869, D. P., 70, 1, 23).

La règle, en vertu de laquelle une société viciée dans sa constitution peut exister et fonctionner, tant qu'elle n'a pas été annulée, produit des conséquences remarquables, relatives notamment à la reprise des apports en nature et aux négociations d'actions antérieures à l'annulation.

A l'égard des apports, on a soutenu que chacune des parties était fondée à les reprendre en nature, sauf récompense pour les améliorations apportées à ces biens au cours de l'association. En effet, a-t-on dit, les apports ne sont pas devenus communs, car la transmission n'aurait pu s'accomplir qu'en vertu de l'acte de société, et le titre qui fondait ce droit de copropriété est anéanti. Ce système ne nous paraît pas exact : les apports doivent être compris dans l'actif à partager. La société de fait qui survit

(1) Civ. rej., 7 juillet 1873, D. P., 73, 1, 327; Cpr. Cass., 24 juillet 1867, Sirey, 67, 1, 328.

à la personne sociale n'est autre chose que la reproduction du pacte social, dans les termes qui déterminent la constitution de la chose commune et le règlement des parts. Or, si l'existence d'une société de fait peut se concevoir appliquée aux bénéfices et aux pertes, à plus forte raison faut-il l'accepter dans son application relative aux apports : car, en supposant même que la société fût réputée n'avoir jamais existé, il faudrait néanmoins admettre la transmission de propriété, parce que la nullité des conventions nées du pacte social serait, dans tous les cas, couverte par l'exécution de ces conventions (Civ. rej., 19 mars 1862, D. P., 62, 1, 407).

Il y a donc une simple question de fait à examiner pour savoir si l'apport doit être compris dans la masse partageable, ou si l'associé a le droit de le reprendre en nature. Il faut rechercher dans les termes de l'acte de société et dans l'intention des parties, manifestée par des actes d'exécution, si la société est devenue propriétaire des objets apportés, et dans quelles limites ceux-ci sont tombés dans la société de fait. Ainsi, la Cour de Toulouse a jugé à bon droit qu'un associé ayant apporté dans une société, l'*utilité* d'un bail d'immeuble devait être réputé, d'après les circonstances de la cause, avoir mis en commun, non le droit au bail, mais l'usage, la jouissance du bail, pendant la durée de cette société, et par suite qu'il était fondé à reprendre son apport lors de la dissolution, sans attendre l'événement de la liquidation (Toulouse, 13 mai 1882, D. P., 83, 2, 37).

Un autre résultat important, qui se rattache directement au principe de la non-rétroactivité de la nullité, est la validité des négociations sur les titres de la société annulée. Après les désastres financiers de 1882 et l'annulation d'un certain nombre de sociétés, on essaya de soutenir que les

négociations faites sur les titres de ces sociétés, dans l'intervalle de temps entre leur constitution apparente et leur annulation, devaient être aussi déclarées nulles. La jurisprudence, pour qui la question était à peu près nouvelle, a rendu sur ce point les décisions les plus divergentes, soit dans leurs solutions, soit dans les motifs sur lesquels elles sont basées. A notre avis, aucun obstacle légal ne s'oppose, d'une manière générale, à la validité des transmissions, quel que soit le mode suivant lequel elles aient été opérées (1).

Nous reconnaissons volontiers que l'article 2 de la loi de 1867, aux termes duquel les actions ou coupons d'actions sont négociables après le versement du quart, c'est-à-dire après la constitution définitive de la société, a un caractère essentiellement prohibitif pour le cas où la condition prescrite ne serait pas remplie. Mais, dans le silence de la loi, la difficulté est justement de savoir s'il faut prononcer la nullité des négociations faites contrairement à cette disposition. Or, l'article 14 punit seulement d'une amende la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1, 2 et 3, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2 ; aucun texte ne déclare expressément nulles les négociations elles-mêmes. On a trouvé, il est vrai, cette loi bien accommodante, qui se laisse violer à prix fixe, pour une amende de 500 à 10,000 francs! Etrange objection, qu'on pourrait aussi bien faire contre toutes les sanctions pénales, et qui se réfute par son incon-

(1) Lyon, 23 janvier 1884 et Note de M. Lyon-Caen, Sirey, 84, 2, 49; — *Pour la nullité*, Vavasseur, n° 713 *ter* et *Rev. des Soc.*, 1884, p. 188; Trib. civ. de Lyon, 5 janvier 1884, *Ibid.*, 1884, p. 90;—Cpr. *en sens divers* : Trib. com. Lyon, 13 mai 1882, Trib. com. Saint-Etienne, 24 juillet 1882, *J. Soc. civ. et com.*, pp. 317 et 323; Trib. com. Lyon, 22 août 1882, *Le Droit*, du 13 sept.; Trib. civ. Lyon, 7 mars 1883, *Rev. des Soc.*, 1884, p. 85.

séquence ! N'est-il pas, d'ailleurs, généralement admis que la nullité ne doit pas être sous-entendue dans les lois prohibitives, lorsque le législateur a prononcé une autre peine, parce que, disent les jurisconsultes, on ne pourrait déclarer nul l'acte prohibé, sans supposer que le législateur a voulu infliger deux peines, ce qui ne doit pas être présumé (1).

En vain soutiendrait-on que la négociation étant interdite, la vente est frappée de nullité en vertu du principe général des articles 1131 et 1133, comme contraire à une loi d'ordre public. La cause de la vente est pour l'acheteur la transmission des actions ; or, aucune loi ne défend cette transmission : l'article 2 ne prohibe que les cessions faites dans les formes usitées à la Bourse et dans le commerce, opérées par voie de transfert, de tradition ou d'endossement. La négociation n'est pas la transmission, c'est seulement un des moyens de l'opérer, c'est la *causa civilis* du droit romain, bien différente de la cause entendue dans le sens de l'article 1131.

En vain a-t-on fait observer que l'article 14, dont nous parlions tout à l'heure, ne punit pas la négociation des actions d'une société annulée pour une cause quelconque, et que dans bien des cas, si l'article 2 n'édictait pas virtuellement la nullité, la prohibition portée dans cet article serait dépourvue de sanction. Il est vrai, en effet, que le texte de l'article 14 ne concorde pas avec la pensée générale de la loi, de n'admettre la négociabilité des actions qu'après la constitution de la société, et que notamment la négociation ne tombera pas sous le coup de cet article lorsque la société aura été annulée pour inaccomplissement des conditions prescrites par les articles 4, 24 et 25. Est-ce à dire que dans les cas non prévus par l'article 14, la sanction de l'article 2 consiste nécessairement dans la nullité

(1) Merlin, Rép., v° *Nullité*, § 1.

des opérations ? Pourquoi en serait-il ainsi ? La doctrine de Merlin, selon laquelle toute loi prohibitive impliquerait la nullité des actes qui y sont contraires, n'a pas prévalu. C'est le système de Toullier qui l'a emporté, et voici en quels termes s'exprimait l'éminent jurisconsulte : « La simple défense, même absolue, n'a point, dit-il, par elle-même et sans clause irritante, la force d'annuler des actes contraires. Tout dépend de la volonté du législateur... Il est certain que, pris dans son sens propre et naturel, dans celui que lui donne l'usage, défendre ne signifie pas que l'acte fait contre la défense sera nul ; car défendre un acte et l'annuler sont deux choses très différentes (1). » Or, en ce que concerne l'article 2 de la loi de 1867, la pensée du législateur n'est pas douteuse : cet article ne prohibe que la négociation des promesses d'actions émises avant la constitution de la société, mais non des actions cédées après cette constitution même irrégulière (2). Comment peut-il se faire, a-t-on dit, qu'une constitution irrégulière, fictive et nulle, puisse avoir pour effet de lever une prohibition légale ? Faut-il donc rappeler que la nullité, dans les rapports entre associés, équivaut simplement à la dissolution et qu'elle n'a point d'effet rétroactif ? Le législateur n'ignorait pas qu'au fond certaines de ses prescriptions pourraient être éludées, que des souscriptions pourraient être fictives, des versements effectués en valeurs dont la réalisation ne serait ni immédiate ni certaine, et néanmoins il a voulu que la société fût constituée dès que les formalités constatant l'accomplissement des prescriptions légales ont été remplies. « Le bon sens n'indique-t-il pas, dit M. Laurin, que ces conditions accomplies, et sous la réserve de l'action en responsabilité que les intéressés peuvent

(1) Toullier, *Dr. civ. français*, 5e édit., T. VII, n° 491.

(2) Cpr. art. 8, L. 15 juillet 1845.

avoir contre les fondateurs, il y a présomption *juris et de jure* que la société se trouve valablement constituée? Sans cela, que deviendrait la sécurité des transactions (1)? » Si la loi avait entendu frapper de nullité les transactions faites de bonne foi sur les titres, postérieurement au fait, régulier en la forme, de la constitution sociale, elle aurait donné aux intéressés les moyens d'investigation nécessaires pour s'assurer si les conditions prescrites avaient été au fond réalisées.

L'article 42 réserve, il est vrai, les droits des actionnaires contre certaines personnes en cas d'annulation de la société. Mais le législateur s'est proposé simplement de faire peser, par cette disposition, sur les fondateurs et les premiers administrateurs, et uniquement sur eux, la responsabilité des irrégularités commises dans la constitution de la société. S'il eût voulu aller au-delà, et édicter une sanction aussi grave que la nullité des marchés consommés ou en cours sur les titres d'une société annulée, il n'eut pas manqué d'exprimer nettement sa volonté, car il ne faut pas oublier que la loi de 1867 est une loi spéciale, un code complet destiné à régir les sociétés par actions.

La nullité basée sur la loi de 1867 étant mise hors de cause, ne faut-il pas au moins accorder aux cessionnaires le droit d'attaquer les cessions d'actions, et d'exercer un recours contre leurs vendeurs, en vertu des principes du droit commun et des règles générales du droit civil, relatives à la garantie en matière de vente? C'est un nouvel aspect de la question, en faveur duquel on a invoqué notamment les articles 1110, 1601, 1641, 1644 et 1693 du Code civil. Nous allons examiner successivement chacun de ces arguments, sans nous arrêter aux différences qu'impliquerait dans les résultats l'application de tel ou tel de ces articles.

(1) Laurin, prof. de dr. com. à la Faculté d'Aix (*J. Soc. civ. et com.*, 1884, p. 242).

L'article 1693, aux termes duquel « celui qui vend un droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, » nous paraît devoir rester hors de cause, parce que les actions, négociées dans l'intervalle de temps qui a séparé la constitution de la société de son annulation, avaient, au moment où les parties ont contracté, une existence juridique qui s'affirmait par le fonctionnement même de la société.

Mais, dit-on, la société annulée étant réputée nulle dès l'origine, c'est le cas d'appliquer les dispositions des articles 1108, 1126 et 1601, car, s'il n'y a pas eu de société, il n'y a pas eu d'actions, et la cession est nulle, faute d'objet. Faudra-t-il donc répéter sans cesse que la nullité de la société, pour une cause résultant de la loi de 1867, n'a pas d'effet rétroactif? L'action est un titre de propriété d'une part aliquote dans le fonds commun, tel qu'il sera au moment de la liquidation; or, ce fonds commun subsiste malgré l'annulation, et sera liquidé conformément au contrat, comme s'il y avait eu simplement dissolution.

L'argument tiré de l'article 1110 n'est pas mieux fondé : l'erreur commise par le cessionnaire des titres d'une société irrégulièrement constituée n'est pas une erreur sur la substance. Les qualités qui individualisent l'action, dit fort exactement M. Lyon-Caen dans la Note que nous avons citée, sont, pendant la durée de la société, le droit à une part dans les bénéfices, et, après sa dissolution, le droit à une part dans l'actif social; la nullité de la société n'enlève pas aux actions leurs qualités substantielles, puisque la société existe tant qu'elle n'est pas annulée, et que la nullité n'est que pour l'avenir et non pour le passé.

Reste enfin l'article 1641, sur la responsabilité relative aux défauts cachés de la chose vendue, et il faut reconnaître tout d'abord qu'en certains cas il peut y avoir lieu à l'application

de cet article. Mais les conditions de l'exercice de l'action rédhibitoire ou de l'action en diminution de prix sont telles, qu'en fait le recours ne sera admissible que par exception, et que, d'une manière générale, on pourrait presque le repousser *à priori.*

Les vices cachés dont le vendeur est responsable sont exclusivement ceux qui rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminueraient tellement cet usage, que l'acheteur ne l'eût pas acquise ou n'en eût donné qu'un moindre prix s'il les avait connus : en d'autres termes, il faut que l'acheteur éprouve un préjudice d'une certaine nature, et que ce préjudice résulte du vice caché. Dans notre hypothèse, le vice atteignant les actions serait la nullité de la société ; or, dans la plupart des cas, l'avilissement des titres, c'est-à-dire le préjudice éprouvé par les cessionnaires, est la conséquence, non de la nullité, mais de causes absolument étrangères aux irrégularités de la constitution : c'est, en un mot, la perte arrivée par cas fortuit, dont parle l'article 1647, et qui est pour le compte de l'acheteur. La nullité de la société n'a donc point pour effet d'empêcher par elle-même le cessionnaire d'atteindre le but qu'il s'était proposé. Une société viciée dans sa constitution peut prospérer, réaliser les mêmes bénéfices et offrir comme placement les mêmes garanties qu'une société réguliérement constituée : nous en avons vu, il y a peu d'années, des exemples frappants.

Sur quelles bases se ferait, d'ailleurs, l'appréciation de valeur que rendrait nécessaire l'application de l'article 1641 ? Peut-on savoir si, à ces moments où l'ardeur de la spéculation s'empare des esprits, comme une fièvre, un délire, l'acheteur n'eût pas donné le même prix des actions, s'il eût connu l'existence d'une cause de nullité? Et n'est-il pas permis, dans cette hypothèse, de présumer de la part du cessionnaire une renonciation tacite à la garantie des vices cachés? Enfin,

aux termes de l'article 1648, l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée dans un bref délai; or, la seule circonstance que l'acheteur n'aurait découvert que plus tard le vice caché, ne suspend pas le cours de ce délai, qui commence au jour de la vente.

On voit par là combien les cas d'application de l'article 1641 lui-même doivent être rares en pratique, hors le cas de mauvaise foi de la part du cédant. S'il pouvait en être autrement, si la nullité de la société devait entraîner ordinairement la nullité des opérations faites sur ses titres, la fortune des familles et l'actif des compagnies les plus sérieuses resteraient exposés à une perpétuelle incertitude et au discrédit qui en serait la conséquence. Sans doute, si les cessions étaient annulées, les cessionnaires y gagneraient d'être libérés des versements; mais, comme on l'a fait remarquer, c'est oublier le malheureux souscripteur qui resterait seul obligé à ces versements et serait exposé à rendre le prix qu'il a touché. Tout concourt donc, le droit, l'équité et la raison économique, à faire reconnaître la validité des transmissions opérées par un mode quelconque.

Section IV. — RESPONSABILITÉS CIVILES RÉSULTANT DE LA NULLITÉ.

La nullité peut devenir le principe et la cause de dommages-intérêts envers ceux à qui elle préjudicie. Cette question ne devrait offrir aucune difficulté, car les principes du droit commun en matière de responsabilité sont nettement établis par le Code civil : chacun répond du dommage qu'il a causé, — le dommage doit être une suite immédiate et directe de la faute. Mais la jurisprudence, effrayée des scandales de certaines sociétés, a tiré des lois de 1863 et 1867 un droit exceptionnel, spécial aux sociétés anonymes, qui fait peser, en cas d'annulation, sur les fondateurs et les premiers

administrateurs l'obligation de réparer un dommage dont ils ne sont pas les auteurs. Cette jurisprudence a été vivement combattue et, à notre avis, victorieusement réfutée, comme nous espérons le démontrer bientôt, en rappelant les principaux éléments de la discussion. Auparavant, il importe de faire une précision. Ce n'est point par esprit d'indulgence en faveur des sociétés à constitution frauduleuse, que les commentateurs ont en général critiqué les sévérités du juge : tout le monde est d'accord pour appliquer avec rigueur aux fondateurs de ces sociétés les règles du droit commun sur la responsabilité et les dispositions des articles 405 et suivants du Code pénal sur l'escroquerie et l'abus de confiance. Ce que l'équité ne veut point admettre, c'est le principe d'une responsabilité encourue à raison d'un fait qui n'a causé aucun préjudice, en un mot, la mise hors la loi de tous les fondateurs des sociétés anonymes, de ceux-là même dont on proclame l'honnêteté et la bonne foi. Le droit commun peut, en certains cas, être aussi rigoureux que le droit exceptionnel créé par la jurisprudence : il suffit donc à tous les besoins; mais il ne frappe que les coupables, et la loi de 1867 n'a pas certainement voulu autre chose, ainsi que nous allons l'établir. L'article 42, qui est le siège de la difficulté, a été reproduit textuellement de l'article 25 de la loi de 1863 : la question se pose donc la même sous les deux législations.

§ I. — *Caractères de la responsabilité. Personnes responsables.*

Lorsque la nullité de la société a été prononcée, dit l'article 42, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. La même respon-

sabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 4.

A l'égard de ces derniers, la responsabilité n'est pas obligatoire ; la loi laisse aux tribunaux la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, s'il y a lieu à condamnation. De plus, à la différence des fondateurs, responsables quelle que soit la cause de nullité, la responsabilité des associés dont les apports n'ont pas été vérifiés et approuvés n'est engagée que dans le cas seulement où les prescriptions spéciales de l'article 4 n'ont pas été remplies. L'article 42, après avoir déclaré les fondateurs responsables, ajoute, il est vrai, que *la même responsabilité* peut être prononcée contre les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages. Mais cette forme de langage signifie simplement que ces associés peuvent être déclarés responsables comme les fondateurs ; « elle ne décide pas expressément, dit M. Duvergier, que les uns et les autres doivent l'être en vertu des mêmes infractions (1). » Les associés déclarés responsables sont, dans tous les cas, soumis à la solidarité ; en matière de sociétés en commandite, la solidarité est au contraire facultative (art. 7).

A l'égard des fondateurs auxquels la nullité est imputable, et des administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue, la responsabilité et la solidarité sont obligatoires. Dès qu'il y a préjudice causé par la nullité, les juges ne peuvent pas se dispenser d'accueillir l'action en responsabilité. En vain les fondateurs et les administrateurs coupables invoqueraient leur bonne foi : à moins d'erreur commune et presque invincible (2), ils sont tenus strictement de la répa-

(1) *Coll. des lois*, 1856, p. 345; Pont, II, n° 1292; — *Contrà*, Vavasseur, n° 679.

(2) Rej., 15 juillet 1869, arrêt cité par Vavasseur, n° 842.

ration du dommage, et il faut remarquer que les tiers, créanciers sociaux, n'auront jamais participé à l'erreur commune. L'article 42 édicte aussi impérativement la solidarité ; cette disposition est conforme à la règle générale en matière de dommages-intérêts résultant d'un quasi-délit. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Le sens précis du mot *fondateur* n'est pas déterminé par un texte formel ; l'appréciation de cette qualité est donc une question de fait. « Le vœu de la loi, dit l'Exposé des motifs de la loi de 1863, est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second (1). » Tous les fondateurs ne sont pas indistinctement responsables ; ceux-là seuls sont visés par l'article 42 qui ont à se reprocher une faute ou une négligence. La nullité n'est pas imputable à ceux dont la confiance a pu être trahie ou la bonne foi surprise, sans qu'ils aient commis la moindre imprudence : « *Facti ignorantia ita demum cuique non nocet*, dit le jurisconsulte Paul, *si non ei summa negligentia objiciatur* (L. 9, § 2, *Dig.*, XXII, 6). »

D'ailleurs, la nullité n'est imputable aux fondateurs que dans les cas où elle a pour cause un vice intrinsèque de constitution. Les formalités de publicité ne sont point à leur charge ; le devoir de les accomplir incombe naturellement aux premiers administrateurs. « La commission du Corps législatif a pensé, dit M. Duvergier, qu'il n'était pas juste de déclarer les administrateurs et les fondateurs responsables, sans avoir égard à la cause de nullité et à l'époque à laquelle elle aurait été encourue ; qu'il fallait distinguer et faire supporter par chacun, administrateur ou fondateur, les suites de la nullité qui pouvait être imputée à son fait ou à sa négligence (*Coll. des lois*, 1863, p. 387). »

(1) Duvergier, *Coll. des lois*, 1863, p. 353.

Suivant un grand nombre d'auteurs, l'article 42 serait étranger à la nullité pour défaut de publicité ; mais alors on a quelque peine à comprendre l'application de cet article aux premiers administrateurs. En effet, si l'on admet ce système, il faut reconnaître que la loi, en déclarant responsables les administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue, a visé presque exclusivement l'hypothèse où les administrateurs ont été désignés par les statuts avec stipulation formelle que leur nomination ne serait pas soumise à l'assemblée générale.

La jurisprudence déclare, il est vrai, les premiers administrateurs tenus, sans distinction, de toutes les causes de nullité, même lorsqu'ils ont été élus par l'assemblée générale. La société, a-t-on dit, ne peut être annulée avant d'exister, et, d'autre part, la constitution de la société étant postérieure à la nomination des premiers administrateurs, ceux-ci se trouvent nécessairement en fonctions au moment où la nullité se produit. Elle se produit, d'après la jurisprudence, au moment où la société est constituée : le germe de la nullité se trouve, dit-on, dans le fait qui vicie la constitution de la société, mais la cause déterminante est cette constitution elle-même avant l'accomplissement des prescriptions légales (1).

C'est en ce dernier point qu'est l'erreur : le moment où la nullité est encourue n'est pas celui où elle produit son effet, mais celui où l'irrégularité a été commise. En un mot, la loi se place au moment où la cause de nullité a existé ; la jurisprudence, partant d'un autre point, aboutit à une conclusion contraire à la loi.

Suffit-il, d'ailleurs, d'avoir été investi d'une fonction pour

(1) Paris, 28 mai 1869, D. P., 69, 2, 145; Cass., 27 janv. 1873, D. P., 73, 1, 331; Cass., 13 mars 1876, D. P., 77, 1, 49; Lyon, 9 févr. 1883, D. P., 83, 2, 113; *Adde*, Boistel, p. 216; Lyon-Caen et Renault, n° 472.

être en fonctions ? Dans maintes circonstances, comme on l'a dit fort judicieusement, on est nommé à une fonction sans que pour cela l'on fonctionne, sans même que l'on puisse fonctionner ; telle est la situation de ceux qui, nommés à une fonction, ne peuvent commencer à fonctionner qu'après une prestation de serment; telle est aussi la situation des administrateurs élus. Il n'est pas raisonnable, en effet, de soutenir que la responsabilité de ces administrateurs se rattache à leur qualité même, et qu'elle est établie à raison de la faute qu'ils commettent, en concourant, par l'acceptation de leurs fonctions, à la formation d'une société viciée dans sa constitution. Les administrateurs élus ne sont pas chargés de vérifier et constater, avant le commencement des opérations sociales, l'accomplissement des conditions constitutives (Cpr. art. 6) ; leur acceptation ne peut donc pas constituer une faute, puisqu'ils ne sont pas chargés de cette mission : ce soin appartient à l'assemblée générale, ce qui est encore une garantie pour les administrateurs. En réalité leur rôle est de faire marcher la société qu'on leur livre toute constituée : jusque-là, ils ne sont pas en fonctions, ou, pour mieux dire, la fonction même n'existe pas.

Faut-il enfin s'arrêter à cette affirmation que l'article 42 établit cumulativement et d'une manière générale la responsabilité des fondateurs et des administrateurs? Le texte est formellement contraire, car il fait allusion, par suite d'une erreur qui s'explique historiquement, à la nullité de certains actes et délibérations au cours de la société, nullité dont les fondateurs ne sont pas évidemment responsables. Chacun supporte les conséquences de la nullité qui peut lui être imputée : la nouvelle rédaction, dit M. Duvergier dans ses Notes sous l'article 25 de la loi de 1863, exprime clairement l'intention de répartir la responsabilité entre les fondateurs et les administrateurs, et de la leur appliquer, selon

que les uns ou les autres auront à s'imputer la nullité de la société (1). » Il ne peut donc pas y avoir de doute à cet égard.

Cette controverse nous a écarté du point de savoir si l'article 42 doit être appliqué dans le cas où la nullité est prononcée pour omission ou insuffisance des formalités de publicité. Nous avions dit qu'à notre avis aucun motif ne s'opposait à ce que l'article 42 fût dans cette hypothèse applicable aux premiers administrateurs. L'article 24 de la loi de 1863, qui prononçait les nullités, se référait à la fois à l'omission des conditions intrinsèques (art. 1 à 7) et au défaut de publicité (art. 8 et 9); or, l'article 25, relatif aux responsabilités, visait expressément tous les cas d'annulation prévus par l'article 24, c'est-à-dire même les nullités résultant de la violation des articles 8 et 9. L'article 25 de la loi de 1863 est devenu, sans aucune modification, l'article 42 de la loi de 1867; est-il possible d'admettre qu'un simple changement dans l'ordre des articles ait eu le pouvoir d'innover sur une question comme celle de l'article 42, aussi grave dans le système de la jurisprudence? En vain objecterait-on que l'article 25 de la loi de 1863 se référait expressément aux articles relatifs à la publicité, et qu'il n'en est pas de même de l'article 42. Ceci s'explique historiquement : l'article 41 contenait dans le projet primitif la sanction de toutes les prescriptions de la loi, et prononçait les nullités, soit pour vices de constitution, soit pour défaut de publicité. Plus tard on réunit dans un titre spécial tout ce qui concernait la publication des actes de société, et on mutila l'article 41 : de là l'incohérence de l'article 42, parce qu'on négligea de le mettre en harmonie avec les dispositions

(1) *Coll. des lois*, 1863, p. 387. *Adde*, Pont, II, n° 1294, Vavasseur, n° 834; etc., etc, Cpr. Montpellier, 5 févr. 1880, *J. Soc. civ. et com.*, 1880, p. 193; Trib. com. Seine, 16 avril 1883, *Rev. des Soc.*, 1883, p. 466.

des articles 56 et 61, dont les dispositions dans la contexture du projet étaient sanctionnées par l'article 41. Mais, encore une fois, ces interversions d'articles n'ont pas eu pour effet de restreindre les cas d'application de l'article 42.

Les fondateurs et les administrateurs coupables ne sont responsables qu'après l'annulation de la société : l'article 42 ne saurait donc être appliqué lorsque la nullité n'a pas été demandée, car les juges n'ont pas le pouvoir de la prononcer d'office et de réaliser la condition exigée par la loi (Req. rej., 6 juillet 1861, D. P., 61, 1, 414). Mais il a été jugé que, lorsque le demandeur, à l'appui d'une demande en responsabilité, produit des conclusions dans lesquelles il a relevé des irrégularités affectant l'existence même de la société, le tribunal saisi peut valablement prononcer la nullité et statuer sur l'action en responsabilité : car la nullité, résultant des faits invoqués par le demandeur et pouvant seule justifier sa demande, s'y trouve implicitement ou virtuellement comprise (Req. rej., 2 août 1881, *Gaz. des Trib.* du 4).

Une fois la société annulée pour une cause quelconque, la condition de la responsabilité existe, et une violation de la loi, différente de celle qui formait la base de l'action en nullité, peut dès lors être invoquée par tout intéressé, à l'appui d'une action en dommages-intérêts, par cela seul que cette infraction aurait pu motiver l'annulation (Req. rej., 12 avril 1864, D. P., 64, 1, 377).

§ II. — *Responsabilité à l'égard des tiers.*

Au premier rang, dans l'article 42, l'action en responsabilité est ouverte aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers sociaux, exposés par le fait de la nullité à n'être point payés. Quel est à leur égard le *quantum* des dommages? La responsabi-

lité implique-t-elle obligation d'acquitter toutes les dettes de la société ou seulement de réparer le préjudice causé par la nullité? La jurisprudence a toujours adopté la première opinion (1) : « A l'égard des tiers, disent MM. Lyon-Caen et Renault qui suivent le même système (n° 473), la responsabilité solidaire n'est pas limitée et existe même au cas où une cause étrangère à l'annulation de la société aurait empêché de payer les dettes sociales. La société étant annulée à raison des vices de sa constitution, le bénéfice de la responsabilité limitée est enlevé aux administrateurs. »

Nous pensons au contraire, avec la presque unanimité des auteurs, que la responsabilité des fondateurs et des administrateurs coupables doit être restreinte au préjudice qui résulte directement de la nullité (2).

Bien certainement la jurisprudence ne peut pas invoquer le droit commun, suivant lequel les dommages-intérêts ne doivent jamais comprendre que ce qui est une suite *immédiate* et *directe* de la faute. Examinons les raisons que cette jurisprudence a produites.

Le premier argument qu'elle invoque est celui des origines législatives de l'article 42, reproduit de l'article 25 de la loi de 1863. En 1863, les membres du premier conseil de surveillance, dans les commandites par actions, pouvaient être déclarés responsables de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination (Art. 7, L. 1856) : c'était bien le principe de l'obligation indéfinie; or la loi de 1863 n'a pas dû, assure-t-on, en adopter un autre, car il y a,

(1) Paris, 28 mai 1869, D. P., 69, 2, 145; Cass., 27 janv. 1873, D. P., 73, 1, 331; Civ. rej., 13 mars 1876, D. P., 77, 1, 49; Cass., 25 févr. 1879, D. P., 80, 1, 120; Lyon, 9 févr. 1883, D. P., 83, 2, 113; Paris, 27 déc. 1883, *Gaz. des trib.*, 18 janv. 1884, etc., etc. Cpr. Griolet, D. P., 69, 2, 145; Choppard, *Rev. crit.*, 1878.

(2) Pont, II, n° 1306 et suiv.; Vavasseur, n° 846 et suiv.; Guillery, n° 551 *bis*, etc., etc.

sur presque tous les points, concordance parfaite entre ses dispositions et celles de la loi de 1856. L'article 8 de la loi de 1867 a modifié plus tard ce principe à l'égard des membres du premier conseil de surveillance, mais l'article 42 a maintenu sans modification le régime établi pour les sociétés à responsabilité limitée par l'article 25 de la loi de 1863.

Cette argumentation pèche par la base : elle affirme, en effet, que les rigueurs de la loi de 1856 ont été étendues aux sociétés à responsabilité limitée, et c'est là justement le point controversé. Or, dès avant 1863, l'article 7 de la loi de 1856 était vivement attaqué, parce qu'il était de nature, disait-on, à effrayer les gens honorables et à les éloigner des conseils de surveillance. Serait-il donc étonnant que le législateur de 1863 n'ait pas étendu aux sociétés à responsabilité limitée des obligations qu'on songeait déjà à restreindre dans les commandites? Devait-on reproduire dans une loi nouvelle des excès dont tout le monde signalait le danger (1)? Et ne fallait-il pas tenir compte des atténuations imposées à la jurisprudence par l'exagération même des sévérités de la loi?

Au surplus, nous avons la preuve que la loi de 1863 n'a pas voulu appliquer aux sociétés nouvelles, qu'elle créait, le principe de l'obligation indéfinie. L'article 12 du projet de loi de 1863, devenu plus tard l'article 25, déclarait, d'une manière générale, tous les administrateurs solidairement responsables envers les tiers *de la totalité des dettes sociales;* cet article fut renvoyé à la commission, pour que, dans une nouvelle rédaction, elle limitât la responsabilité à ceux auxquels la nullité est imputable. Entre-temps, le projet de loi tout entier fut l'objet de graves et nombreux amendements

(1) Exposé des motifs de la loi de 1867, déposé le 28 mars 1865, *Coll. des lois,* 1867, p. 264.

de la part de la commission, qui rédigea une sorte de contre-projet, révisé ensuite par le conseil d'Etat : au milieu de ces négociations et de ces changements, les mots *de la totalité des dettes sociales* avaient disparu.

N'y eût-il que le fait lui-même de voir retrancher d'un texte une disposition exorbitante du droit commun, nous devrions en conclure que le législateur a voulu rentrer dans les règles de ce droit. Mais nous savons la raison de cette suppression par le témoignage de M. Duvergier, successivement rapporteur de la loi au conseil d'Etat, et orateur du gouvernement au Corps législatif. Dans les notes placées sous l'article 25 (article 12 du projet primitif), M. Duvergier s'exprime ainsi : « Le projet déclarait que les administrateurs étaient tenus au paiement de la totalité des dettes sociales. *Cette disposition a été modifiée, afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé, soit les tiers, soit les associés* (1). »

Mais pourquoi, a-t-on dit, le rapport de la commission n'a-t-il pas indiqué les motifs de cette suppression ? Pourquoi ? Peut-être par inadvertance, mais plutôt sans doute parce que la nouvelle rédaction, malgré la suppression indiquée, restait en harmonie avec l'Exposé des motifs sur l'article 12. Les mots *de la totalité des dettes sociales* avaient leur origine dans la disposition, dont nous parlions tantôt, de l'article 7 de la loi de 1856 : mais il ne faut pas oublier que, déjà en 1863, la jurisprudence avait corrigé dans l'application ce texte trop rigoureux et substitué à l'obligation indéfinie édictée par la loi les règles ordinaires du droit commun sur la responsabilité. Or les mots *de la totalité des dettes sociales* avaient dû être placés dans l'article 12 avec le

(1) *Coll. des lois*, 1863, p. 387.

sens atténué que la jurisprudence avait donné à la loi de 1856, ou bien ces mots mettaient l'article 12 en désaccord avec l'Exposé des motifs, qui limitait expressément la responsabilité au préjudice causé : « L'article 12, dit l'Exposé des motifs, fait peser sur les administrateurs les conséquences de l'annulation ; *il les oblige à payer les créanciers qui seraient lésés par suite de la nullité prononcée*, et réserve aux associés leur recours pour le cas où ils éprouveraient *aussi* quelque préjudice... Si ceux qui acceptent les fonctions d'administrateurs ne les remplissent pas ou les remplissent mal, s'ils compromettent par là *les intérêts des tiers* ou ceux de leurs associés, *il est juste qu'ils réparent le préjudice* qu'a causé leur négligence (1). »

Ainsi, même avec les mots *de la totalité des dettes sociales,* il aurait fallu décider que l'article 25 serait entendu dans le sens d'une réparation égale au dommage causé par la faute. Cependant ces mots auraient pu causer des doutes, susciter peut-être un changement dans la jurisprudence née de la loi de 1856, et tel fut probablement le motif de leur disparition. Mais cette suppression ne changeait rien au fond des choses : l'article 25 restait au contraire commenté d'une manière plus exacte par l'Exposé des motifs, et le rapporteur de la commission n'aurait pu rien ajouter aux paroles que nous avons citées, qui expliquât plus nettement la portée de cet article.

Nous ne nous arrêterons pas à un autre argument que la jurisprudence a voulu tirer, pour justifier le système de la responsabilité indéfinie, des termes mêmes de l'article 42. Les fondateurs, a dit la Cour de Paris, sont déclarés responsables... ; or on désigne habituellement sous le nom d'*associé responsable* celui qui est personnellement tenu de tous les engagements sociaux. Les défenseurs du système de l'arrêt

(1) *Coll. des lois,* 1863, pp. 353 et 354.

ont compris que cet argument n'avait pas de valeur, et la plupart l'ont abandonné. En effet, la loi ne dit pas que les fondateurs deviennent associés responsables, elle les déclare simplement responsables; la Cour ajoute au texte pour établir une sanction qu'elle-même considère comme une pénalité !

Mais qu'importent les termes de l'article 42, si l'esprit de la loi commande la responsabilité *in infinitum!* Tous les arrêts proclament que les fondateurs et les administrateurs coupables se trouvent *substitués*, par le fait de la nullité, à l'être moral anéanti. C'est l'argument capital du système, et pour le justifier on a invoqué divers moyens.

La Cour de cassation, dans l'arrêt de principe de 1873, s'est contentée d'affirmer le fait de cette substitution et de poser en thèse, sans aucune preuve, une présomption de *novation légale*. Cette théorie nous paraît absolument anti-juridique : la novation, dit l'article 1273, ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte *clairement* de l'acte. Or la controverse que nous exposons en ce moment est la preuve évidente que l'idée d'une novation légale n'est pas *clairement* exprimée dans l'article 42.

La Cour de Paris avait cherché une explication, et dans l'arrêt de 1869 elle formulait sa théorie dans les termes suivants : « Attendu qu'il est de principe, en matière commerciale, que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement, que si les administrateurs des sociétés à responsabilité limitée sont exonérés de cette responsabilité, c'est en vertu d'un texte précis et par suite d'une faveur particulière accordée à ces sociétés; mais, que dans le cas où la société n'a pas accompli les formalités exigées pour sa constitution et où la nullité est prononcée, il ne reste plus qu'une société de fait, régie par les règles du droit commun et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège... »

D'après ce système, il y aurait donc, dans notre droit

commercial, une règle générale, en vertu de laquelle tous les associés seraient tenus solidairement, sauf quelques cas privilégiés. Mais cette affirmation n'a pas de fondement. « La loi, dit M. Pont (II, n° 1307), reconnaît diverses espèces de sociétés, dont chacune a ses caractères et ses effets propres, en ce qui concerne les obligations et les responsabilités dont sont tenus les membres qui la composent. » Si la société est nulle, il ne reste qu'un état de fait ayant existé entre les parties, mais cet état doit être réglé d'après le fait lui-même. N'est-ce pas là, d'ailleurs, ce qui est admis, sur d'autres points, par la jurisprudence elle-même, notamment pour la liquidation?

La Cour de Paris avait été mieux inspirée dans une espèce antérieure, où l'on avait déjà essayé de déduire de la nullité de la société la responsabilité solidaire et indéfinie de tout le passif social. Dans un arrêt du 16 janvier 1858 la Cour déclarait, en effet, que « l'article 42 du Code de commerce n'attache à l'inobservation des formalités de publicité d'autre conséquence que la nullité de l'acte à l'égard des intéressés; que la convention ne subsiste pas moins pour le passé et telle que l'a faite leur consentement; *qu'en ce qui concerne les tiers*, le défaut de publicité ne peut leur être opposé par les associés, mais qu'*aucune règle de droit ne les autorise*, *quand ils produisent un acte sujet à nullité*, *à le diviser*, *à substituer aux stipulations qu'il renferme des stipulations différentes*, *et*, en subordonnant au vice de forme l'effet de la convention sociale, avec quelque sincérité qu'elle ait été faite et exécutée, *à étendre à tous les associés la responsabilité personnelle*, *directe*, *indéfinie*, quand envers quelques-uns elle se restreignait à une portion déterminée de leur patrimoine (1). » Combien ce langage différait de celui qu'on a tenu plus tard!

(1) D., 59, 2, 166; Req. rej., 28 févr. 1859, D., 59, 1, 408.

Aucune disposition des lois postérieures n'autorisait cependant l'interprète à créer un nouveau droit commun, une société type, une forme à laquelle seraient ramenées, en cas d'annulation, toutes les sociétés commerciales ; ou bien, si l'on voulait être logique dans cette erreur, ce ne sont pas les administrateurs seulement qu'il fallait déclarer substitués à l'être moral, ce sont tous les actionnaires, dont les administrateurs ne sont que les représentants.

La Cour de Paris a consacré récemment une conséquence inattendue de sa nouvelle théorie, en déclarant la faillite personnelle des fondateurs et des administrateurs d'une société annulée. Leur situation, a-t-elle dit, ne saurait être considérée comme différente de celle de toute personne qui volontairement entre dans une société en nom collectif, régulièrement constituée : elle en diffère seulement en ce que c'est la nullité même de la société qui a eu pour effet de les substituer personnellement et solidairement envers les tiers, pour l'acquittement des engagements sociaux, à la personne juridique qui n'existe pas ; mais cette différence ne peut créer un droit, une cause d'indemnité au profit de ceux-là même qui ont commencé par enfreindre la loi (1). Voilà un nouveau danger pour les fondateurs des sociétés anonymes ; ils peuvent devenir commerçants malgré eux, et sont exposés à subir toutes les conséquences de cette qualité, s'ils ne paient pas intégralement les dettes de la société, devenues leurs dettes propres. Nous n'insisterons pas sur une exagération aussi regrettable ; elle s'est imposée à la Cour de Paris, peut-être à raison des circonstances défavorables de la cause, mais surtout comme conséquence logique de la thèse qu'elle a posée dans l'arrêt de 1869.

(1) Paris, 3 mai 1881 (Aff. *Cr. fonc. Suisse*), *Gaz. des trib.*, du 8; Req. rej., 19 févr. 1884, *Gaz. des trib.*, du 21; *Contrà*, Vavasseur, n° 848 *bis*.

Les auteurs et les arrêts qui refusent de croire à ce prétendu droit commun commercial, d'après lequel les associés de fait seraient tous obligés comme des associés en nom collectif, et qui admettent cependant la substitution des fondateurs et des administrateurs à la société annulée, ont expliqué ce résultat par une idée de pénalité, en sorte que le même texte qui, pour les uns, serait une application du droit commun, est, au contraire, pour les autres, une disposition répressive, exorbitante de ce droit commun. Il faudrait pourtant qu'on se mît d'accord ; il faudrait surtout que, pour édicter une sanction pénale aussi écrasante, on eût un texte impératif et formel de la loi. Or, nous voyons bien que l'article 42 déclare les administrateurs responsables, mais il ne va pas au-delà, il ne détermine pas *a priori* l'étendue de la responsabilité, il ne crée pas l'obligation conditionnelle du paiement des dettes sociales en cas d'annulation. L'idée de pénalité ne résulte donc pas de l'article 42.

Est-ce dans les travaux préparatoires qu'on a puisé cette explication ? Les affirmations dans le sens de notre opinion y sont au contraire multipliées ; tous les orateurs paraissent avoir pris soin de faire ressortir que les fondateurs et les administrateurs ne sont que des mandataires, tenus dans les termes du droit commun : « Nous regardons, disait M. Emile Ollivier, membre de la commission du Corps législatif, la partie de la loi qui concerne les administrateurs comme inattaquable (1). »

M. Duvergier, orateur du Gouvernement, après avoir été rapporteur de la loi au Conseil d'Etat, fit sur ce point les déclarations les plus formelles : « S'il n'y a point de dom-

(1) *Coll. des lois*, 1863, p. 368; Cpr. *Ibid.*, pp. 350, 353, 354, 362, 364, 365, 368, 387, 390.

mages, dit-il, il ne peut être question de responsabilité... Quand il n'y a pas de préjudice causé, il n'y a rien à faire, rien à dire, il ne peut y avoir de responsabilité engagée... C'est un point sur lequel il n'y a plus de controverse possible (p. 390). »

Enfin le témoignage de M. Mathieu, rapporteur de la loi de 1867, n'est pas moins précis. Dans le commentaire de cette loi, publié par lui avec la collaboration de M. Bourguignat, l'éminent avocat enseigne (n° 243) que les administrateurs peuvent être déclarés solidairement responsables envers les tiers et envers les actionnaires, *dans la proportion du préjudice que la nullité aurait causée à ceux-ci et à ceux-là.* Que nous sommes loin avec ces affirmations générales, expresses et concordantes, non-seulement de l'idée de pénalité, mais de toute idée de disposition exorbitante du droit commun !

Mais, a-t-on dit, si tel est le sens de l'article 42, cet article est inutile, puisque l'article 44 (27 de la loi de 1863) pose le principe de la responsabilité de droit commun, pour le cas où les administrateurs ont contrevenu à la loi ou commis des fraudes.

Nous ferons tout d'abord observer qu'il n'est question dans l'article 44, ni des fondateurs ni des associés dont les apports ou les avantages particuliers n'auraient pas été régulièrement vérifiés et approuvés. D'ailleurs, en dehors de ce cas, l'article 42 et l'article 44 ne font pas double emploi. L'article 42 statue sur les infractions qui ont causé la nullité de la société, et il édicte pour cette hypothèse une responsabilité qui s'écarte du droit commun en ce qu'elle est obligatoire et solidaire. L'article 44 vise seulement les infractions et les fautes commises pendant la gestion; il établit une responsabilité facultative, individuelle ou solidaire suivant les cas, et voilà en quel sens

il revient, comme il le dit lui-même, aux règles du droit commun. Mais ni l'article 42 ni l'article 44 ne fixent la mesure de la responsabilité, et ce point reste exclusivement régi par les principes ordinaires du droit en matière de dommages-intérêts.

Nous ne comprenons pas comment on a pu, avec les textes que nous venons d'expliquer, arriver à des solutions différentes de celles qu'on admettait sur les mêmes points avant la loi de 1863. Sous le régime du Code de commerce, la responsabilité des fondateurs et des administrateurs des sociétés anonymes était régie par le droit commun, et nous avons vu la Cour de Paris juger en ce sens dans l'arrêt de 1858. En 1863, la loi sur les sociétés à responsabilité limitée ayant reproduit dans ses articles 8 et 9 les dispositions de l'article 42 du Code de commerce, la nullité pour défaut de publicité visée par l'article 24 tomba par conséquent sous l'application de l'article 25, celui d'où a été tirée la jurisprudence qui impose la charge de toutes les dettes sociales aux fondateurs et administrateurs qui ont commis la nullité : d'où il résulte que l'article 42 du Code de commerce aurait été modifié dans sa sanction, en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, par la loi de 1863, et que l'article 42 de la loi de 1867 aurait également innové sur la sanction des nullités pour défaut de publicité, dans les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes. Or, est-il possible d'admettre que nos législateurs de 1863 et 1867 aient entendu modifier dans le sens d'une telle aggravation la sanction de l'article 42 du Code de commerce, et surtout qu'une modification aussi grave ait pu être faite, sans que personne ait dit un mot de ces changements, ou plutôt sans que le législateur lui-même s'en soit certainement douté !

Enfin nous avons aujourd'hui, à l'appui de notre système, un témoignage considérable, celui de la commission extra-parlementaire chargée de réviser la loi de 1867. Le projet de loi élaboré par cette commission propose sur la responsabilité des solutions absolument contraires à celles de la jurisprudence, et notamment il limite la responsabilité *à l'égard des tiers ou des actionnaires, au dommage résultant de l'annulation* (art. 42 du projet). Tel est le texte ; mais nous connaissons de plus la pensée de la commission, car nous la trouvons affirmée dans un Mémoire, par le président de cette commission, M. le sénateur Bozérian : « J'affirme, dit M. Bozérian, que la majorité, je pourrais peut-être dire l'unanimité de la commission a entendu faire acte, non d'innovation, mais d'interprétation. En présence des conséquences effroyables auxquelles conduit l'interprétation donnée par la Cour de cassation à cet article 42, elle s'est demandé si cette interprétation était conforme à la pensée du législateur de 1867. Après un examen approfondi de la question, elle est arrivée à croire que, dans la pensée de ce législateur, les fondateurs et les administrateurs ne devaient être responsables, conformément aux règles du droit commun, que du dommage résultant de la nullité de la société (1). »

Le rapporteur de la même commission, M. Arnault, n'est pas moins formel : il déclare expressément que la commission n'a pas entendu modifier la loi ancienne, mais bien plutôt l'interpréter dans un sens contraire à la jurisprudence. « C'est celle-ci qu'elle a visée, dit-il, parce qu'elle lui a paru inspirée par des considérations d'espèce et non par la loi de 1867 (2). »

(1-2) Affaire de la Banque de Lyon et de la Loire. Consultation par M. Arnault, avec Adhésion et Consultation par MM. Bozérian, Demolombe et Carel; Saint-Etienne, 1882, pp. 58 et 47.

Nous n'ajouterons rien à ces attestations de si haute valeur. Ce témoignage collectif d'une commission spéciale nous paraît de nature à faire réfléchir les partisans de l'opinion contraire. Pour l'avenir, la commission extra-parlementaire, en dégageant plus nettement l'esprit de la loi, aura fait œuvre de justice et de bonne législation.

En terminant, nous ferons remarquer que, même dans le système de la jurisprudence, les fondateurs et les administrateurs condamnés ne sont que des débiteurs subsidiaires, puisque les arrêts les condamnent à payer le passif, seulement après déduction de l'actif. Mais, en outre de ce que tous les arrêts peuvent ne pas renfermer cette précision, cela ne prouve absolument rien *quant à l'ordre des poursuites*. A cet égard, il faut s'en référer au point de départ de la jurisprudence : elle condamne les fondateurs et les premiers administrateurs comme associés solidaires, aux lieu et place de la société qui a manqué d'exister par leur faute ! Ils sont donc débiteurs directs et immédiats des créanciers qui peuvent, s'il leur plaît, les poursuivre, au lieu de poursuivre les actionnaires. Toutefois cette doctrine n'est vraie que dans le cas où les arrêts ne disent pas expressément autre chose, puisque tout ceci est affaire de jurisprudence.

§ **III.** — *Responsabilité à l'égard des actionnaires.*

A l'égard des actionnaires la question de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs coupables est beaucoup plus facile. La doctrine et la jurisprudence sont ici d'accord pour n'admettre que la responsabilité du droit commun, subordonnée à la preuve d'un préjudice (1). Pour-

(1) Paris, 13 janvier 1882, D. P., 83, 2, 73; Req. rej., 20 mars 1882, *Gaz. des trib.*, du Lyon, 9 févr., 1883, D. P., 83, 2, 113; Lyon-Caen et Renault, n° 473; Pont, II, n° 1308, etc., etc.

quoi cette différence entre la situation des actionnaires et celle qu'on fait aux créanciers sociaux, alors que la responsabilité des uns et des autres est édictée par un même texte? Cette distinction se fonde sur l'opposition des termes de l'article 42, qui semblent accorder aux tiers un recours privilégié, et réserver seulement aux actionnaires l'action en responsabilité, conformément au droit commun. Sans doute les créanciers et les actionnaires n'ont pas des droits absolument identiques, et, comme le dit un arrêt de la Cour de Nîmes, du 21 janvier 1881, qui semblait indiquer une réaction dans les tendances rigoureuses de la jurisprudence, *la responsabilité doit être appréciée plus ou moins sévèrement, selon que les administrateurs se trouvent en présence des tiers ou des associés* (D., 81, 2, 123). Mais il n'est pas question de cela dans l'article 42 ; ce texte n'établit entre les créanciers et les actionnaires aucune différence quant à l'estimation des dommages.

Il existe cependant entre eux des différences, en sorte que l'article 42 a pu légitimement ne pas placer les actionnaires sur le même rang que les tiers. En effet, les actionnaires ne sont pas sans reproches ; ils avaient pour devoir de s'assurer à l'assemblée générale de l'observation des prescriptions légales (2), et s'ils n'ont pas rempli ce devoir de vérification, à quel titre se plaindraient-ils, après l'annulation, d'un préjudice qui a pour cause, au moins en partie, une faute de leur part? Si la société, a-t-on dit fort justement, a sombré par l'effet des votes imprudents émis par les actionnaires dans les assemblées générales, ou de l'approbation qu'ils ont donnée aux actes du conseil d'administration, ces actionnaires n'ont plus le droit de

(1) Cass., 2 juillet 1873, D. P., 74, 1, 49; Cpr. Req. rej., 12 avril 1881, *Gaz. des trib.*, du 14.

se plaindre du préjudice qu'ils ont souffert. C'est pourquoi l'article 42 n'établit au profit des actionnaires ni la responsabilité obligatoire ni la solidarité de plein droit : chacun des actionnaires doit procéder en son nom propre et personnel ; le liquidateur n'a pas qualité pour demander, au nom de la collectivité, une condamnation contre les fondateurs ou administrateurs coupables, et ceux des associés qui, en dehors des faits qui peuvent leur être personnellement reprochés, ont subi un préjudice réel causé par la nullité, doivent s'attaquer à l'auteur direct des infractions et non pas à tous les fondateurs et administrateurs indistinctement. Ce sont ces différences entre la situation des actionnaires et celle des tiers qu'implique la rédaction de l'article 42 ; mais, nous le répétons, ce texte ne s'occupe pas de la mesure du dommage : c'est aux créanciers comme aux actionnaires à justifier que le préjudice est le résultat de la faute, et les tribunaux sont investis d'un droit d'appréciation souverain pour fixer, d'après les circonstances, l'étendue de la responsabilité.

§ IV. — *Répartition de la condamnation solidaire entre les fondateurs et les administrateurs déclarés responsables.*

Lorsque la nullité a été prononcée pour irrégularités commises lors de la constitution de la société, les fondateurs et les administrateurs déclarés responsables doivent nécessairement être tous condamnés *in solidum* envers les créanciers sociaux, l'article 42 établissant la solidarité obligatoire, sans rechercher si, en fait, la faute a été commune. Mais, en supposant que la faute ou le dol qui a entraîné la nullité soit en réalité personnel à l'un des fondateurs ou des administrateurs, les autres auront-ils action contre lui en remboursement des sommes que la solidarité les a forcés de

payer aux créanciers? Les quelques arrêts intervenus sur cette question ont repoussé toute action en recours ou en garantie, pour ce motif que la faute est présumée commune par l'article 42, et que l'article 1216 du Code civil, aux termes duquel les codébiteurs solidaires qui ont payé sont autorisés à recourir pour le tout contre celui d'entre eux que l'affaire intéresse, est inapplicable au cas où la solidarité est basée sur une faute commune (Req. rej., 16 avril 1878, Le Droit, du 18; Grenoble, 6 mai 1883, Rev. des Soc., 1883, p. 657).

Ces décisions ont été peut-être bien rendues en fait, si elles sont intervenues dans des cas où la nullité de la société résultait effectivement d'une faute commune, car il est exact qu'une faute commune ne saurait donner ouverture à un recours en garantie. Mais, cette réserve faite, nous pensons que le recours doit être admis au profit des fondateurs ou des premiers administrateurs qui n'ont pas participé aux actes irréguliers, qui ne les ont pas connus, qui ne sont pas coupables de les avoir ignorés, et dont la bonne foi ne peut pas être incriminée. La présomption de faute commune créée par l'article 42 n'existe que dans les rapports des fondateurs et des premiers administrateurs avec les créanciers sociaux ; cet article est étranger aux relations des administrateurs et des fondateurs entre eux. Les questions de recours ou de garantie et de répartition sont régies par les principes du droit commun en matière d'obligations solidaires, et l'article 1216 du Code civil est applicable toutes les fois que la présomption de faute commune est contraire à la réalité des faits.

Comment doit se faire la répartition entre les fondateurs et les administrateurs coupables? La légitimité d'une répartition entre les divers obligés *in solidum* par suite d'un délit ou d'un quasi-délit n'est plus contestée aujourd'hui : les

auteurs sont d'accord pour ne pas admettre de distinction à cet égard entre les obligations solidaires suivant les différentes causes qui leur impriment cette modalité. On a fait remarquer fort justement que, s'il n'en était pas ainsi, la condamnation ne serait plus solidaire : elle serait à la charge de l'un des condamnés, au choix du créancier. La seule difficulté consiste donc à déterminer les bases de la répartition.

Aux termes de l'article 1213, lorsque la solidarité est conventionnelle, la dette se divise au prorata de l'intérêt de chacun des débiteurs dans l'objet à raison duquel elle a été contractée, et comme cet intérêt est, jusqu'à preuve contraire, présumé égal, la division s'opère par portions viriles, à moins que cette preuve ne soit rapportée. Ceci doit suffire à expliquer comment l'article 1213 ne s'applique pas nécessairement à la répartition de la dette entre les différents obligés à suite d'un délit ou d'un quasi-délit : « Il est impossible, dit M. Sourdat (I, n° 159), de permettre aux individus coupables d'un même délit de venir discuter le plus ou moins d'intérêt pécuniaire que chacun d'eux pouvait avoir à sa perpétration .. L'intérêt moins grand que l'un ou l'autre pouvait avoir à la perpétration du délit, loin de l'excuser, aggrave sa culpabilité. »

Cependant, à l'égard des fondateurs et des administrateurs déclarés responsables, le système qui paraît prévaloir dans la jurisprudence est celui de la répartition au prorata de l'intérêt de chaque débiteur dans la société, c'est-à-dire proportionnellement au nombre de ses actions. Après la nullité prononcée et au regard de la société de fait, dit la Cour de cassation, les fondateurs et les administrateurs responsables se trouvent dans la situation qu'ils se sont créée eux-mêmes par leurs accords : or, il est généralement admis que cette société de fait doit être liquidée d'après les bases fixées, soit expressément, soit tacitement, dans le pacte social ; par

conséquent les conventions des parties doivent aussi être prises en considération pour le partage des dettes (Civ. rej , 13 mars 1876, D., 77, 1, 49 ; Civ. rej. 18 juillet 1883, *Rev. des Soc.*, 1884, p. 135).

Ce mode de répartition est en parfaite harmonie avec la jurisprudence qui déclare les fondateurs et les administrateurs responsables substitués à l'être moral anéanti par la nullité, et tenus, comme débiteurs personnels, de toutes les dettes sociales. La Cour de cassation, logique dans ses errements, a fait, à son point de vue, une juste application de l'article 1213 sur la division de la dette solidaire, et de l'article 1853, aux termes duquel la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes est, à moins de convention contraire, en proportion de sa mise dans le fonds de la société. Mais pour nous qui avons rejeté le système de la jurisprudence sur cette espèce de substitution ou de novation légale qui résulterait de la nullité, et pour tous ceux qui considèrent la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs comme une simple obligation de droit commun en réparation du dommage causé par le délit ou le quasi-délit, l'intérêt pécuniaire que chacun d'eux pouvait avoir dans l'affaire ne saurait être pris en considération. C'est donc aux tribunaux à déterminer, à raison des circonstances, l'étendue de la responsabilité qui doit incomber aux uns et aux autres : la répartition doit se faire proportionnellement à la participation de chacun dans les irrégularités commises, à la part plus ou moins active qu'il a eue dans la fondation, au profit qu'il a retiré de ses agissements, etc. (Grenoble, 6 mai 1883 *Rev. des Soc.*, 1883, p. 657).

La plupart des auteurs sont d'accord pour admettre ce système ; mais quelques-uns pensent que si l'arrêt de condamnation n'établit aucune différence entre les personnes déclarées responsables, « on ne peut opérer cette répartition

a posteriori sans revenir sur la chose jugée, sans réviser une sentence définitivement rendue (1). » Tel n'est pas notre avis, car nous ne saurions admettre que dans le silence du jugement de condamnation, celle-ci soit censée prononcée contre chacun des fondateurs et des administrateurs pour une part égale et virile. Nous avons dit plus haut que la disposition de l'article 1213, sur la division de plein droit et par portions viriles entre les divers débiteurs, repose sur la présomption de l'égalité d'intérêt de chacun d'eux dans l'objet à raison duquel a lieu la solidarité, et nous venons de voir qu'il est impossible de tenir compte de l'intérêt des débiteurs dans l'affaire commune, pour la répartition de la dette, quand la solidarité résulte d'un délit ou d'un quasi-délit. Par conséquent, dans cette hypothèse, la présomption établie par l'article 1213 ne peut pas s'appliquer, de telle sorte que si le jugement de condamnation a gardé le silence, la question de la division de la dette reste ouverte et entière. Le juge conserve toute liberté pour répartir *a posteriori* la condamnation entre les parties condamnées proportionnellement à la part qu'elles ont prise aux infractions; c'est dans le cas seulement où le tribunal manquerait des éléments suffisants pour régler entre les fondateurs et les administrateurs coupables la responsabilité sur la mesure de leurs fautes respectives, que la division s'opèrerait par portions viriles, à défaut de toute autre base plus équitable de répartition (2).

§ V. — *Prescription de l'action en responsabilité.*

Après avoir étudié les questions si importantes relatives au caractère et à la mesure de la responsabilité qui résulte de

(1) Sourdat, I, n° 159; Larombière, t. II, p. 606.

(2) Cpr. Rodière, n° 175 et 315; Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter*, 4°, et § 367, note 24.

l'annulation de la société, il faut se demander combien de temps dure l'action en responsabilité, et quelle prescription lui est applicable. A notre avis, la question n'est pas douteuse, et, dans tous les cas, l'action en responsabilité est soumise à la prescription de droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans. Cela ne fait pas de difficulté en ce qui concerne la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs vis-à-vis des actionnaires : la prescription quinquennale créée par l'article 64 du Code de commerce ne s'applique qu'aux actions exercées par les tiers contre les associés, et non à celles entre associés. Notre solution n'est donc contestable que relativement à l'action en responsabilité intentée par les créanciers sociaux.

Supposons d'abord que la cause de nullité d'où résulte l'action en responsabilité consiste dans une infraction, comme le défaut de vérification des apports en nature, contre laquelle la loi n'a prononcé aucune sanction pénale. Dans cette hypothèse, il y a lieu, a-t-on dit, d'appliquer la courte prescription de l'article 64 du Code de commerce ; mais, il ne nous paraît pas que cette application soit juste. L'associé non liquidateur n'est recevable à opposer la prescription de cinq ans que lorsqu'il s'agit d'une action découlant naturellement et directement de sa qualité d'associé (1); or, l'action en responsabilité n'a pas ce caractère, c'est l'action de droit commun dérivant d'une faute ou d'un quasi-délit et de la règle générale que tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382). En d'autres termes, l'action en responsabilité découle exclusivement de la nullité, et il n'est pas question de la nullité dans l'article 64 du Code de commerce. En vain dirait-on, par conséquent, que l'article 64

(1) Trib. de Bordeaux, 24 févr. 1872, D. P., 73, 3, 36.

forme le droit commun de la prescription en matière de société commerciale, après la dissolution : ceci n'est vrai que des obligations contractées en raison des engagements ou des opérations de la société. D'ailleurs, en fait, dans le système contraire, la prescription trentenaire serait encore plus souvent applicable que la prescription quinquennale : en effet, on est généralement d'accord pour admettre que l'article 64 doit être écarté au cas où la dissolution est suivie ou a été précédée de la déclaration de faillite, et que le même article est également sans application lorsque la liquidation a été confiée à des liquidateurs étrangers, ce qui est la pratique habituelle quand il y a nullité. (D., Rép. v° Soc., n° 1071).

Passons à la seconde hypothèse, celle où l'action en responsabilité a pour base la nullité de la société prononcée pour violation des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867, munis d'une sanction pénale par les articles 13 et 15 de la même loi. Ne faut-il pas décider qu'il y a lieu d'appliquer dans ce cas les dispositions des articles 637 et suivants du Code d'instruction criminelle, aux termes desquels l'action civile en réparation du dommage causé par le délit tombe nécessairement sous le coup de la prescription établie par la loi criminelle? Examinant plus haut la même question relativement à l'action en nullité, nous avons dit que cette action, n'ayant pas pour base unique et exclusive le délit correctionnel et pour but la réparation du dommage causé, n'est pas limitée dans sa durée par la prescription de l'action publique. L'action en responsabilité a, tout au contraire, pour objet la réparation du préjudice ; c'est bien là, a-t-on dit, l'action civile résultant du délit, et par conséquent il semble qu'il n'y ait point de doute qu'elle soit soumise à la règle de l'article 637 du Code d'instruction criminelle (1).

(1) Ed. Villey, prof. à la Fac. de droit de Caen, Note dans Sirey, 78, 1, 97.

Ceci est exact lorsque l'action en responsabilité est basée uniquement sur le délit commis, abstraction faite de la nullité de la société et indépendamment de toute demande d'annulation : dans un cas pareil, ce n'est pas, à vrai dire, comme le fait remarquer fort justement M. Vavasseur (n° 705 *bis*), l'action en responsabilité accordée par l'article 42, qui est soumise aux juges ; c'est une action ordinaire en dommages-intérêts, et il n'y aurait pas lieu d'appliquer nécessairement cette responsabilité indéfinie et solidaire que la jurisprudence a fait sortir de l'article 42 : dans cette hypothèse, l'action en responsabilité se prescrit certainement par le même laps de temps que l'action publique (Paris, 24 juin 1875, D., 76, 2, 156 ; Req. rej., 7 mars 1877, Sirey, 78, 1, 97).

Mais nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi lorsque l'action en responsabilité est vraiment celle dont il est question dans l'article 42, c'est-à-dire celle qui ne peut être exercée qu'après l'annulation de la société. Cette action se fonde uniquement sur la nullité ; or cette nullité est encourue par cela seul que la société s'est constituée et a commencé ses opérations avant la souscription intégrale du capital social ou le versement du quart. Les faits prévus et punis par les articles 13 et 15, et les causes de nullité proprement dites sont deux ordres de phénomènes absolument distincts : ainsi, l'action en responsabilité pour défaut du versement du quart n'est pas fondée sur l'émission des actions non libérées du quart, c'est-à-dire sur la remise à chaque souscripteur de titres définitifs négociables, ce qui constitue le délit puni par l'article 13 : c'est, en effet, la nullité de la société résultant du défaut de versement du quart, et non l'émission irrégulière des actions, qui peut avoir été préjudiciable. La même observation s'applique à la simulation frauduleuse de souscriptions ou de versements, qui implique cependant nécessairement la

fausseté de la déclaration notariée. Il est vrai que dans cette hypothèse, la plus défavorable, on pourrait soutenir que l'action en responsabilité est basée sur un fait contractuel érigé en délit, et que par conséquent la prescription criminelle doit lui être applicable (1). Mais il faut remarquer que la fausse déclaration n'est point par elle-même délictueuse et n'entraîne qu'une sanction civile, la nullité : « Ce qui est délit, dit M. Vavasseur (n° 705 ter), c'est la manœuvre qualifiée simulation frauduleuse pour obtenir des souscriptions et versements. Il n'y a pas là un fait contractuel érigé en délit; la déclaration simplement inexacte et la simulation frauduleuse sont deux faits distincts par l'intention et les résultats. » D'ailleurs, quelle que soit l'irrégularité commise par les fondateurs et les premiers administrateurs, l'action en responsabilité de l'article 42 ne peut être exercée qu'après l'annulation de la société; or, nous avons établi plus haut que l'action en nullité dure trente ans. L'action en responsabilité ne peut donc, en aucun cas, se trouver soumise à une prescription plus courte : *Dura lex, sed lex* (Paris, 13 janv. 1882, D., 83, 2, 73 ; Civ. rej., 4 juin 1883, D., 83, 2, 385).

Au point de vue économique et au point de vue de l'équité, de justes réclamations se sont élevées contre cette longue prescription appliquée aux actions en nullité et en responsabilité : Si aucun préjudice, comme nous l'avons dit plus haut, ne s'est manifesté durant un certain laps de temps l'action en nullité n'est plus qu'un instrument de chantage à la disposition du premier venu, soit pour attaquer des sociétés en pleine prospérité et les menacer de cette arme redoutable, la nullité, soit des associations déjà tombées, mais dont aucun des membres n'avait eu la pensée

(1) Labbé, *J. Soc. civ. et com.*, mars 1880.

de faire supporter la responsabilité de la perte par des fondateurs honnêtes et par des administrateurs malheureux (1).

Le nouveau projet de loi, élaboré par la commission extra-parlementaire de 1882 donne pleinement satisfaction aux réclamations et aux plaintes que nous avons dites, contre l'abus des procès en nullité. Aux termes de l'article 44 du projet, *l'action en nullité et l'action en responsabilité qui en résulte ne seront plus recevables trois ans après la constitution de la société, lorsque avant l'introduction de la demande la cause de nullité aura cessé d'exister. Lorsque les causes de nullité seront postérieures à la constitution primitive de la société, les délais courront à partir du jour où la nullité aura été encourue.* Cette disposition a pour but, d'après le Rapport de la commission et l'Exposé des motifs, de répondre aux très vives préoccupations des fondateurs et des administrateurs ; elle produira aussi, ajoutent ces documents, « l'excellent effet d'engager les administrateurs à purger tous les vices initiaux de la société, non-seulement avant toute opération, mais même après le commencement des opérations sociales. »

(1) G. Deloison, *Etude sur le nouveau projet, Gaz des trib.*, 21 mars 1884.

CHAPITRE III

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous venons de voir dans tout le cours de cette longue Etude que la loi du 24 juillet 1867 a établi dans la matière des sociétés anonymes un système de nullités, vivement combattu aujourd'hui par la doctrine, mais que la jurisprudence, hostile aux fondateurs et administrateurs de ces sociétés, cherche plutôt à étendre et à commenter dans le sens le plus rigoureux. Au milieu de ce conflit d'opinions, il est intéressant, surtout au moment présent où un nouveau projet va être discuté, d'examiner ce qu'ont fait, au point de vue des nullités, les lois étrangères, la plupart postérieures à la nôtre. Mais ce tableau doit être forcément incomplet, et en voici le motif : les lois étrangères prescrivent, en général, comme la loi de 1867, des formalités nombreuses pour la constitution des sociétés anonymes. Ces formalités sont prescrites positivement, impérativement ; mais la loi ne prononce pas toujours expressément leur sanction, et c'est sans doute un travail de jurisprudence, à nous inconnu, qui a complété dans chaque pays l'œuvre législative. Or l'exposé qui va suivre est un tableau de législation, et non de jurisprudence.

Cependant nous devons constater, d'après les échos qui nous reviennent des pays voisins, que les jurisprudences étrangères ne se sont pas montrées moins rigoureuses que nos tribunaux, et que l'abus des nullités a soulevé des plaintes autre part qu'en France. Nous avons déjà parlé d'un projet

modificatif de la loi belge du 18 mai 1873, et voici en quels termes s'expriment les auteurs de l'Exposé des motifs de la proposition : « Ce qui est particulièrement grave, dit cet Exposé de motifs, c'est que la jurisprudence a donné à l'article 29 (celui qui prescrit les conditions constitutives intrinsèques) l'interprétation la plus rigoureuse; s'appuyant sur le texte, elle ne voit dans les sociétés où les trois conditions substantielles ne sont pas remplies, que des sociétés non définitivement constituées, c'est-à-dire des sociétés encore à l'état de projet, et qui par suite sont réputées n'avoir jamais existé. On a vu ainsi décider qu'une usine qui formait la partie principale de l'avoir social était restée la propriété de celui qui en avait fait l'apport et n'était pas le gage des créanciers de la société (1). » Jamais la jurisprudence française n'est allée jusque-là.

EMPIRE D'ALLEMAGNE (2).

L'empire d'Allemagne est sous le régime de la loi du 11 juin 1870, qui a modifié certains articles du Code de commerce. Un nouveau projet a été préparé en 1883 par le gouvernement, sur la demande de la Chambre des députés et du Conseil fédéral : ce projet édicte des prescriptions plus strictes et plus sévèrement sanctionnées en matière de fondation.

Voici les principales dispositions de la loi actuelle.

Les sociétés anonymes ne sont pas soumises à l'autorisation.

Les actions ou coupons d'actions ne peuvent être de moins de 50 thalers, s'ils sont nominatifs, et de moins de 100 thalers, s'ils sont au porteur. *Les actions ou coupons d'actions dont le montant est inférieur à ces chiffres sont nuls. Ceux qui ont émis ces actions ou coupons d'actions sont solidai-*

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 639.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1872, p. 224; *Rev. des Soc.*, 1883, p. 791.

rement responsables, vis à vis des acquéreurs, de tout le dommage causé par l'émission (art. 207 *a*).

L'acte constitutif de la société et le règlement des statuts doivent être en forme authentique (art. 208). Il faut une déclaration écrite pour la souscription des actions.

L'acte de société doit porter 12 mentions déterminées par l'article 209, notamment l'institution d'un conseil de surveillance de trois membres au moins, qui doivent être pris parmi les actionnaires.

Le capital une fois souscrit, une assemblée générale des actionnaires constate, sur les certificats qui lui sont présentés, que le capital a été entièrement souscrit et qu'il a été versé sur chaque action le dixième au moins, ou le vingtième pour les sociétés d'assurances. Il est dressé de cette déclaration un acte judiciaire ou notarié. Toutefois, cette déclaration n'est pas nécessaire, si tous les actionnaires ont été parties au contrat de société, et que l'accomplissement des obligations ci-dessus indiquées ait été constaté dans ce contrat (art. 209 *a*).

Si un actionnaire fait un apport imputable sur le capital et ne consistant pas en numéraire, ou si la société, en se fondant, acquiert des valeurs d'une nature quelconque, l'acte de société doit contenir l'estimation de ces apports ou de ces valeurs, et constater le nombre d'actions ou le prix accordé en retour. Tout avantage particulier stipulé au profit d'un actionnaire doit également être constaté par l'acte de société.

Ces dispositions de l'acte de société doivent être approuvées, après la souscription du capital, par une décision de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que tous les actionnaires n'aient été parties au contrat de société.

La majorité nécessaire pour cette décision doit comprendre au moins le quart des actionnaires ou représenter au moins le quart du capital social. Les associés qui ont fait l'apport

ou stipulé les avantages soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.

Il est dressé de cette décision un acte judiciaire ou notarié (art. 209 *b*).

L'article 210 ordonne la publication d'un extrait de l'acte et indique les mentions à faire. Cet extrait doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce.

A l'extrait présenté pour être inscrit au greffe doivent être annexés : 1° le certificat que le capital a été entièrement souscrit ; 2° le certificat du versement par chaque actionnaire du dixième ou du vingtième du montant de sa souscription ; 3° la déclaration que le conseil de surveillance a été élu par une assemblée générale des actionnaires et conformément aux statuts ; 4° les actes judiciaires ou notariés constatant les décisions prises par l'assemblée générale. L'extrait doit être en forme authentique ou être signé au greffe par tous les administrateurs. L'original ou une copie légalisée des pièces annexées demeure déposé au greffe (art. 210 *a*).

Jusqu'à l'inscription au greffe, la société par actions n'existe point comme telle. Les actions ou coupons d'actions émis avant l'inscription sont nuls. Ceux qui les ont émis sont solidairement responsables, vis-à-vis des acquéreurs, de tout le dommage causé par l'émission (art. 211).

AUTRICHE-HONGRIE (1).

L'Autriche-Hongrie est encore sous le régime d'une loi de 1856 qui exige l'autorisation préalable. En 1874, un projet de révision fut adopté par la Chambre des députés; renvoyé par la Chambre des seigneurs à une commission spéciale, ce projet n'aboutit pas.

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 578. — Cpr. *Ann. de législ. étr.*, 1876, p. 492; *Bulletin de la Soc. de législ. comparée*, mai 1883.

En 1882, un nouveau projet a été déposé au Reichstag, qui reproduit les principales dispositions de celui de 1874. Ce projet supprime l'autorisation, excepté pour les sociétés ayant pour objet la construction de canaux et chemins de fer, l'exploitation des mines, les assurances de toute nature, etc..

Les sociétés qui pourront se former librement auraient néanmoins besoin de l'autorisation administrative pour certaines opérations, telles que l'émission d'obligations au porteur et la délivrance de carnets de chèques.

Le projet exige un minimum de 125 à 250 fr. pour les actions nominatives, et de 250 à 500 pour les actions au porteur, suivant l'importance du capital. Il exige le versement total des actions.

Le projet prescrit des mesures pour faire connaître aux souscripteurs la nature de la société qui se fonde, son capital en argent ou en apports.

La publicité comprend des formalités préalables à la constitution de la société.

BELGIQUE

Les sociétés anonymes sont régies en Belgique par la loi du 18 mai 1873.

Les sociétés par actions sont, *à peine de nullité*, formées par des actes publics. *Toutefois cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés : entre les associés elle n'opère qu'à dater de la demande tendant à la faire prononcer* (art. 4).

Le projet d'acte de société doit être publié (art. 31).

Les souscriptions doivent être faites en double et contenir certaines indications; elles doivent contenir aussi convocation

des souscripteurs à une réunion qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la société (art. 31).

Les fondateurs sont solidairement responsables, envers les intéressés, de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites pour les actes de souscription (art. 34).

Des dispositions analogues, relatives aux énonciations des bulletins de souscription, ont pris place chez nous dans le nouveau projet de loi déposé au Sénat le 6 décembre dernier, sur la proposition de la commission extra-parlementaire chargée de réviser la loi de 1867 (V. art. 4 du projet).

La société n'est définitivement constituée que si le nombre des associés est de sept au moins, si le capital social est intégralement souscrit et si le vingtième au moins du capital consistant en numéraire est versé (art. 29). *Ces formalités sont prescrites à peine de nullité* (art. 34 *in fine*). La jurisprudence exige le versement même sur les actions qui sont libérées partiellement par des apports en nature.

L'assemblée constitutive doit être tenue devant notaire. Les fondateurs sont tenus de présenter à cette assemblée la justification de l'existence des conditions requises par l'article 29, avec pièces à l'appui (art. 32).

Les actes de société anonyme sont publiés en entier aux frais des intéressés (art. 9).

Les autres formalités de publicité sont énumérées dans l'article 10. Les actes dont la publication est ordonnée doivent être, dans la quinzaine de la date des actes définitifs, déposés aux mains des fonctionnaires préposés à cet effet. La publication doit être faite dans les dix jours du dépôt, *à peine de dommages-intérêts contre les fonctionnaires auxquels l'omission ou le retard serait imputable.*

La publication est faite par la voie du *Moniteur*, sous forme d'annexes qui sont adressées aux greffes des cours et tribu-

naux, où chacun peut en prendre connaissance gratuitement, et qui sont réunies dans un recueil spécial.

La publication n'a d'effet que le cinquième jour après la date de l'insertion au « Moniteur » (art. 10).

Si le dépôt n'est pas fait dans le délai prescrit, la publication des actes... est soumise à un droit spécial d'enregistrement, qui est d'un pour mille du capital social, mais sans qu'il puisse être moindre de 50 francs ni supérieur à 3,000 francs.

Toute action intentée par une société dont l'acte public n'a pas été régulièrement publié est non recevable. Les associés ne peuvent se prévaloir des actes de société à l'égard des tiers qui ont traité avant la publication ; mais le défaut de publication ne peut être opposé aux tiers par les associés (art. 11). « Il y a là, dit M. Guillery (I, n° 338), une situation qui tient le milieu entre la nullité et la validité. Les associés sont tenus d'exécuter leurs engagements ; un tiers pourra les y contraindre ; ils pourront même trouver en justice la sanction réciproque de leurs engagements personnels. Mais ils seront désarmés, soit pour poursuivre un tiers, soit pour exiger d'un associé l'exécution de ses engagements envers la société. »

En 1883 un projet de modification de la loi de 1873 a été présenté à la Chambre des députés par MM. Guillery, Pirmez et de Lantsheere. Le point le plus important des modifications proposées est, comme l'a dit M. Pirmez en déposant le projet, celui qui touche à la nullité des sociétés par actions, dans lesquelles les conditions constitutives intrinsèques prescrites par l'article 29 n'ont pas été remplies. Le projet maintient et aggrave même les conditions constitutives, mais il supprime les nullités, et il se borne à déclarer les fondateurs tenus solidairement : 1° de tous les engagements contractés jusqu'à ce que la société ait sept membres au moins ; 2° de

toute la partie du capital qui ne serait pas souscrite et dont ils sont de plein droit réputés souscripteurs ; 3° de la libération effective des actions jusqu'à concurrence du dixième ; 4° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe de l'irrégularité. — Le projet a été pris en considération (1).

BRÉSIL.

Une loi du 4 novembre 1882 règle la formation des compagnies et sociétés anonymes (2). La nécessité de l'autorisation préalable exigée par la loi de 1860 est supprimée.

Le capital doit être intégralement souscrit avant la constitution définitive, et le dixième au moins versé sur chaque action.

Toute compagnie ou société anonyme constituée sans les qualités requises et les formalités énoncées à l'article 3, § 1 et 2, est nulle de plein droit (art. 6, dern. paragr.). Ceci vise les conditions suivantes :

1° La constitution doit être faite, ou par acte notarié signé de tous les souscripteurs, mentionnant leur déclaration de volonté, les statuts et le récépissé du dépôt des versements, ou par décision de l'assemblée générale après lecture et signature des statuts par tous les souscripteurs et présentation du récépissé du dépôt des versements (art. 3).

2° Les apports doivent être estimés par trois experts nommés par l'assemblée générale. — Cette évaluation doit être approuvée par l'assemblée générale pour que la société soit réputée légalement constituée (art. 3).

L'article 3, § 4, prononce la nullité des actes faits avant

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, p. 480, 639, 692.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1883, p. 1081.

d'avoir accompli les formalités de publicité imposées par ledit paragraphe.

Le paragraphe 5 prononce la nullité des actes faits avant une insertion prescrite dans les journaux.

ESPAGNE (1).

La loi en vigueur du 30 août 1869 consacre la plus grande liberté pour le régime intérieur des sociétés ; les statuts seuls forment véritablement le lien des parties. Cette loi a maintenu les dispositions fondamentales de la loi générale sur les sociétés de commerce du 30 mai 1829, mais en retranchant surtout les formalités restrictives, notamment la nécessité de l'autorisation préalable.

La législation espagnole n'impose ni un nombre *minimum* d'associés, ni une limitation de chiffre pour les actions ou coupons d'actions. Celles-ci peuvent être nominatives ou au porteur, sous les conditions stipulées dans les statuts.

La loi n'exige pas la justification ou même la déclaration d'un versement quelconque ; par conséquent, il n'y a pas lieu à la vérification des apports en nature. « Lorsque le capital ou la part d'un associé, dit l'article 301 du Code de commerce de 1829, consistera en effets, leur évaluation sera faite dans la forme déterminée par le contrat de société, ou, à défaut de convention spéciale à cet égard, elle aura lieu d'après les prix de la place, par experts nommés par les deux parties. »

L'acte de société doit être fait en la forme authentique. Il en est de même des autres actes nécessaires à la formation définitive de la société, notamment de l'acte de *constitution*.

(1) *Rev. des Soc.*, 1883, pages 344 et 407. Etude par M. L. Goiraud, avoué près la Cour de Paris.

L'acte de société, ce sont les statuts; l'acte de *constitution* est celui qui donne naissance à l'être moral : il doit être dressé en présence des propriétaires de la moitié au moins du capital social ou du chiffre fixé par les statuts.

Pour la garantie des tiers, les formalités de publicité ont été réglées avec soin; la loi de 1869 peut se résumer en deux mots : liberté, publicité.

Dans le délai de quinzaine, à partir de la constitution de la société, les administrateurs ou directeurs sont tenus de présenter au gouverneur de la province dans laquelle la société a son siège, des expéditions de l'acte social, des statuts et de l'acte de constitution, pour être adressées au ministre du commerce.

Dans le même délai, les mêmes pièces doivent être publiées dans la *Gazette de Madrid* et dans le Bulletin officiel de la province, destiné à contenir les expéditions des actes constitutifs des sociétés.

Les sociétés sont tenues de produire un certificat délivré par l'officier public, rédacteur des actes, en vue de l'inscription sur le registre du commerce, établi par le Code de 1829.

Il doit être fait mention sur les titres, qui sont la représentation des actions, des sommes versées à compte sur le capital qu'ils indiquent.

Toutes les prescriptions relatives à la publicité sont sanctionnées par l'article 12 : « *Le gouvernement pourra infliger aux administrateurs des sociétés des amendes de 100 à 1,000 écus, quand ils ne fourniront pas les pièces exigées ou qu'ils ne les présenteront pas dans les délais prescrits.* »

GRANDE-BRETAGNE (1).

L'Acte fondamental sur les sociétés par actions est la loi

(1) *Annuaire de législ. étrangère*, 1880, p. 40; 1881, p. 17; 1884, p. 86.

du 7 août 1862, modifiée et complétée par plusieus Actes successifs, notamment par la loi du 20 août 1867, par la loi du 15 août 1879, et par l'Acte du 24 mars 1880. Nous ne connaissons pas exactement les dispositions de ces diverses lois, qui sont en vigueur : nous savons seulement que l'acte de société doit être inscrit sur un registre spécial, et que cette formalité est indispensable pour que la société soit *incorporée* et capable d'exercer les fonctions d'une compagnie légalement constituée.

ITALIE.

Le nouveau Code de commerce italien, du 2 avril 1882, en vigueur depuis le 1er janvier 1883, comprend toute la législation des sociétés.

La société doit être rédigée, *à peine de nullité*, par acte public (art. 86) ; cet acte ou les statuts doivent porter les mentions indiquées à l'article 88 au nombre de neuf.

L'acte constitutif et les statuts doivent être déposés par le notaire au greffe du tribunal civil (art. 90) ; ce tribunal vérifie l'accomplissement des conditions et ordonne la transcription et l'affiche de l'acte constitutif et des statuts (art. 89 et 90). Un extrait conforme à l'article 88 doit être publié dans un journal, un mois après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 90 : *ces formalités sont prescrites à peine de nullité* (art. 93 et 95).

L'acte constitutif et les statuts doivent être publiés avec documents annexés au Bulletin officiel des sociétés par actions (94).

Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale (art. 123).

Le capital social doit être intégralement souscrit (art. 126 et 130). En cas de souscription, un prospectus doit être fait,

signé et déposé conformément à l'article 128. La souscription doit être faite conformément à l'article 129.

Trois dixièmes doivent être versés, sauf exceptions (art. 130). Les fondateurs doivent publier un avis pour assigner un terme fixe aux souscripteurs, afin d'effectuer le versement (art. 131). Les versements doivent être faits à la Caisse des dépôts (art. 132).

Dans la quinzaine du versement, l'assemblée générale doit être convoquée pour les objets mentionnés à l'article 133, savoir : approbation des versements, des apports en nature, ou nomination d'experts pour les apprécier, discussion et approbation des statuts, nom de la société, nomination des administrateurs non désignés aux statuts, nomination des syndics (art. 182 et suiv.). Cette assemblée peut être prorogée (art. 134).

Les administrateurs doivent recevoir des fondateurs et vérifier tous les documents et correspondances de la constitution (art. 138). Ils doivent notifier leur nomination au greffe du tribunal de commerce dans les trois jours, par un acte authentique ou signé en présence du greffier (art. 138).

L'article 137 prononce la nullité, au regard de la société, des opérations faites par les fondateurs, au mépris des actes concourant à la constitution de la société (art. 137). *Est nulle et de nul effet toute vente ou cession des actions avont la constitution légale de la société.*

SUISSE (1).

Le Code fédéral des obligations, du 14 juin 1881, en

(1) *Code fédéral des obligations et loi fédérale sur la capacité civile*, Lausanne, Howard Guillou et Cie, 1881.

vigueur depuis le 1[er] janvier 1883, traite des Sociétés dans les articles 524 à 719.

La société doit être formée par acte public, ou par acte privé signé de tous les actionnaires (art. 615, § 1).

Les souscriptions doivent être faites par déclaration écrite se référant aux statuts (art. 615, § 2). Elles doivent être pures et simples (art. 617). L'article 616 indique onze mentions que les statuts doivent renfermer.

Le cinquième de chaque action doit être versé (art. 618). Sauf un cas d'exception, ce versement doit être constaté par une assemblée générale dont la décision doit être l'objet d'un acte authentique ou d'un acte signé de tous les souscripteurs (art. 618).

Les statuts doivent indiquer les apports en nature et les avantages particuliers réservés aux fondateurs ou autres personnes (art. 619). Ces apports et ces avantages doivent être approuvés par une assemblée générale spéciale, dont la décision est constatée par un acte authentique ou un acte signé de tous ceux qui y ont adhéré (art. 619).

Les statuts doivent être remis à un fonctionnaire qui les inscrit sur un registre (art. 621). *L'article 623 prononce la nullité des actions émises avant l'inscription.*

Un extrait doit être publié renfermant certaines mentions énumérées par l'article 621.

Diverses pièces indiquées par l'article 622 doivent être jointes à la demande d'inscription. La demande d'inscription doit être signée, comme l'indique l'article 622, alinéa 2.

La signature qui engage la société doit être inscrite sur le registre du commerce (art. 653).

Enfin il doit y avoir des commissaires vérificateurs élus (art. 659).

Telles sont les principales lois actuellement en vigueur, toutes postérieures à notre loi de 1867 ; d'autres sont en préparation dans divers pays, notamment en Norwège, en Roumanie, en Portugal, etc. : les sociétés commerciales attirent de plus en plus l'attention des publicistes et des jurisconsultes, et le mouvement législatif sur cette matière est en progrès incessant vers de meilleures solutions. Partout aujourd'hui, sauf en Espagne, ce sont à peu près les mêmes formalités, la même liberté réglée, les mêmes sanctions ; nous ferons observer cependant, sous le bénéfice des réserves antérieurement faites, que, dans la plupart des lois étrangères, les nullités, ou du moins les nullités expresses, sont en général moins prodiguées que dans nos lois successives de 1856, 1863, 1867, et que dans le nouveau projet émané de la commission extra-parlementaire de 1882. Mais, nous le répétons, la jurisprudence a dû admettre dans ces divers pays de nombreuses nullités virtuelles, à raison même du caractère impératif des formalités prescrites, et nous pouvons dès lors constater, en toute vérité, que la loi française, avec les améliorations qui résulteront du nouveau projet, ne sera en retard sur aucune des législations actuelles.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le dernier paragraphe de la L. 5, Dig., *De præscriptis verbis et in factum actionibus* (xix, 5), fait jouer à l'action *Præscriptis verbis*, non pas son rôle ordinaire, mais un rôle analogue à celui de la *condictio ob rem dati, re non secuta.*

II. — *Le dominium ex jure Quiritium* pouvait être transféré par une donation faite *mortis causa*, comme le legs *per vindicationem*, sans autre *modus adquirendi.*

III. — Les servitudes peuvent s'établir sous Justinien par des pactes et stipulations qui ont dû remplacer l'*in jure cessio.*

IV. — Avant la constitution de Marc-Aurèle, la compensation *ex dispari causa* devait s'effectuer dans les actions *stricti juris* par la délivrance d'une double formule et le renvoi des deux instances devant le même juge.

DROIT CIVIL.

I. — L'article 800 du Code civil ne déroge pas à l'article 1351 sur l'autorité de la chose jugée.

II. — Le régime matrimonial et les conséquences de son adoption sur les biens, par exemple l'inaliénabilité du fonds

dotal, ne remontent pas au contrat de mariage et ne se produisent qu'à partir de la célébration du mariage.

III. — Par exception, la disposition de l'article 1558, alin. 3, fait rétroagir le régime matrimonial au jour du contrat de mariage.

IV. — Les articles 783 et 802-1° peuvent s'expliquer sans admettre que les légataires universels soient tenus des dettes et des legs *ultra vires bonorum*.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Le Capitulaire de Charles-le-Chauve, de Kiersy-sur-Oise, en 877, ne créa pas l'hérédité des fiefs : il érigea en règle générale ce qui était auparavant un simple usage.

DROIT CRIMINEL.

La tentative punissable et même le crime manqué ne devraient pas être punis de la même peine légale que le crime consommé et qui a eu son effet.

PROCÉDURE CIVILE.

L'indisponibilité dont est frappée une créance saisie-arrêtée est totale et non partielle.

ECONOMIE POLITIQUE.

L'émission de la monnaie de papier doit appartenir à

une compagnie privilégiée : ni le monopole de l'émission par l'État, ni la liberté des banques ne sont des solutions acceptables.

Vu par le Président de la Thèse,
Le 4 avril 1884,
V. MOLINIER.

Vu par le doyen de la Faculté,
Le 5 avril 1884,
HENRY BONFILS.

Vu et permis d'imprimer :
Toulouse, 7 avril 1884,
Le Recteur,
A. PERROUD.

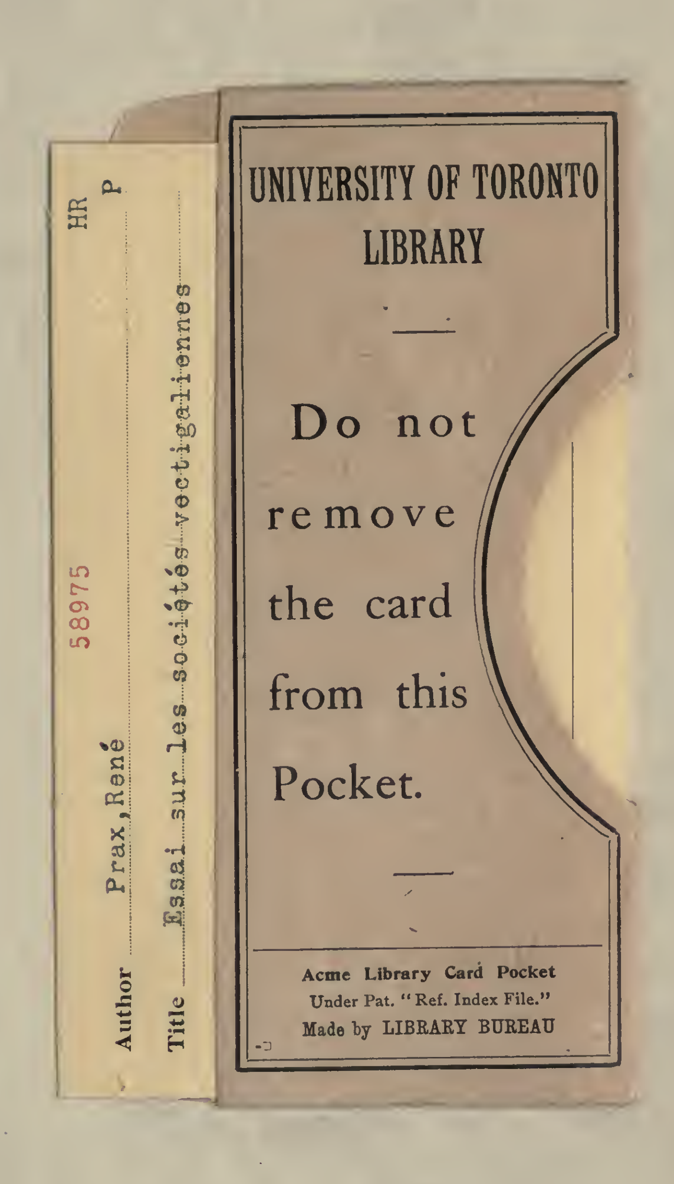
TABLE DES MATIÈRES.

Droit romain.

Droit français.

Montauban, Imp. et Lith. Forestié, rue du Vieux-Palais, 23.




UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY
Do not remove the card from this Pocket.
Acme Library Card Pocket
Under Pat. "Ref. Index File."
Made by LIBRARY BUREAU
HR
P
58975
Author Prax, René
Title Essai sur les sociétés vectigaliennes